Der Erlös aus gestohlenen Sachen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Georg Sarx

Gerichtsreferendar aus Siegen

Marburg 1931

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1931

Als Doktorschrift von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 10. November 1931

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Leonhard

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Erster Teil.

§ 1. Darstellung der in der Arbeit behandelten Streitfragen in ihrer praktischen Bedeutung 1
Anspruch des Eigentümers einer gestohlenen Sache gegen den unbefangenen Veräußerer auf Herausgabe des Erlöses? Wiederholte Entscheidungen höchster Gerichte.

Zweiter Teil.

Lösung durch entsprechende Anwendung des § 281 BGB.

A. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmung.
I. § 2. Rechtsgeschäftlicher Erlös Ersatz i. S. des § 281 BGB. . . 3
1. Leistung unmöglich. — 2. Unmöglichkeit und Ersatz als Folgen der Veräußerung. — 3. Kauferlös Ersatz „für den geschuldeten Gegenstand"? a) Wortlaut nach allgemeinem wie juristischem Sprachgebrauch nicht entscheidend. — b) Geschichtlicher Zusammenhang, da nicht gewahrt, für Auslegung unmaßgeblich. — c) Stellung im Rechtssystem dafür; diese allerdings bestritten. — d) Auch Billigkeit dafür. — Kaufpreis Ersatz der veräußerten Sache.
II. § 3. Vorschriften des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse grundsätzlich im Sachenrecht anwendbar 9
1. Anwendbarkeit auf die Schuldverhältnisse im Sachenrecht unmittelbar. — 2. Ähnlichkeit der dinglichen Ansprüche rechtfertigt Ergänzung durch Schuldrechtsnormen.
III. § 4. Keine abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer durch die §§ 987 ff. BGB. 10
Nur Vorschriften über unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung, ausgenommen § 816, durch die §§ 987 ff. ausgeschlossen. § 281 weder Bereicherungs- noch Schadensersatzanspruch.
B. Die einzelnen Voraussetzungen des Tatbestandes von § 281.
I. § 5. Das Bestehen eines Schuldverhältnisses 11
1. Verschiedenheit des dinglichen Rechts vom dinglichen Anspruch. — 2. Gleichartigkeit von persönlichen und dinglichen Ansprüchen, besonders nach Inhalt. Verschiedenheit nur in Grund und Dauer. Dinglicher Anspruch begründet Schuldverhältnis.

II. Ein Umstand als Ursache von Leistungsunmöglichkeit und Erlangung eines Ersatzvorteils.

1. § 6. Begriff der Unmöglichkeit auf den dinglichen Herausgabeanspruch unanwendbar 14

a) Zwar regelmäßig Unmöglichkeit infolge der Veräußerung. — b) Jedoch Fortfall des dinglichen Anspruchs schon durch Besitzverlust. Keine unmittelbare Anwendung des § 281

2. § 7. Besitzverlust der Unmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal des § 281 gleichzusetzen 16

Gleiche Wirkung: Erlöschen des Schuldverhältnisses. Grund des Anspruchs auf den Ersatzvorteil ist nicht das alte Schuldverhältnis, sondern die gesetzliche Bestimmung des § 281. — Auch dinglicher Anspruch kann nach Besitzverlust in Gestalt eines schuldrechtlichen fortbestehen. — Entsprechende Anwendung des § 281 möglich.

C. § 8. Entsprechende Anwendbarkeit des § 281 zufolge des ihm nach seinem Zusammenhang im Rechte zugrunde liegenden Rechtsgedankens 19

I. Zuführung von Vermögenswerten an die Personen, denen sie gebühren. Der Erlös aus der Sache gebührt ihrem Eigentümer. — II. Auch für den Eigentümer Anspruch auf Ersatzvorteil bedeutungsvoll, wenn dinglicher Anspruch nicht durchsetzbar — III. Parteiwillen dient nicht zur Klärung. — IV. Keine Umgehung des § 687 Abs. 1.

D. § 9. Anwendung des § 281 durch Billigkeit erfordert 22

I. Der Eigentümer hätte vielleicht gleichen Gewinn gemacht. Nichtberechtigter darf aus Veräußerung der fremden Sache keinen Vorteil ziehen. — II. Schutz des Eigentümers und nicht der Verkehrssicherheit im § 935 angeordnet. — Abkürzung des Entwehrungsrückgriffs, wenn Erlös von einem der ersten Verfüger statt Sache vom letzten Besitzer gefordert.

E. § 10. Die Geltendmachung des Anspruchs auf den Ersatzvorteil und der Schutz des Ersatzschuldners bei dinglicher Rückforderung der Sache oder wiederholter Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch den Eigentümer 24

I. Anwendung von § 255? Gerechtfertigt, wenn Sache erreichbar. — II. Unbillig, wenn Verbleib der Sache unbekannt und besonderes Interesse des Eigentümers an der Sache als solcher. — III. Zweck des § 255 nicht Ausgleich einer Bereicherung des Berechtigten, sondern des dritten Schädigers. Dieser hier nicht vorhanden. § 255 nicht anwendbar. — IV. Ausgleich durch § 812; Haftung nach § 820 I, 2.

F. § 11. Umfang der Haftung des Ersatzschuldners 30

Bestimmt durch den Haftungsmaßstab des unbefangenen Herausgabeschuldners.

Dritter Teil.

Lösung auf dem Wege über § 816 I, 1 BGB.

A. § 816 I, 1 anwendbar, wenn Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten durch Genehmigung herbeigeführt?

I. § 12. Erläuterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 816 . . 31

Seite

1. Verfügung ist das dingliche Geschäft, das ein Opfer enthält. — 2. Wirksam ist die Verfügung, aus der sich der Rechtsverlust des Eigentümers erklärt. — 3. Nichtberechtigter ist, wer keine Verfügungsmacht hat.

II. § 13. Wortsinn des § 816 führt seine Anwendbarkeit 33

1. Eine Verfügung, die „wirksam ist", kann es von vornherein gewesen oder nachträglich geworden sein. — 2. Nichtberechtigter ist auch der tatsächlich Nichtberechtigte, der infolge Genehmigung rückwirkend wirksam verfügt.

III. § 14. Auslegung des § 816 nach seinem geschichtlichen Zusammenhang 34

1. Im gemeinen Recht kein Vorläufer des § 816, da kein Vertrauensschutz. Streit über die gleichen Fragen dort noch lebhafter als heute. Daher kein Anhaltspunkt für Auslegung des § 816. — 2. Im Preußischen Recht Anspruch des Eigentümers ausdrücklich geregelt. — 3. Entstehungsgeschichte deutet auf Anwendbarkeit des § 816 in Fällen unfreiwilligen Rechtsverlustes.

IV. § 15. Anwendung des § 816 durch die ihm im Rechtssystem des BGB. zufallende Aufgabe gefordert 38

1. § 816 umfassender Bereicherungsanspruch zur Ergänzung von § 812. — 2. Die in § 816 vorausgesetzte Bereicherungslage nach Genehmigung vorhanden. — 3. Das Recht zur Herbeiführung der Bereicherungslage ergibt sich aus der gesetzlichen Besserstellung des bestohlenen Eigentümers. — 4. Rückgriff auf Bereicherungsanspruch notwendig, da Genehmigung abstrakt und kein Schuldverhältnis zwischen Genehmigendem und Verfüger. — 5. Genehmigung bei unentgeltlicher Verfügung zwecklos. — 6. Keine Umgehung des § 687 I.

V. § 16. Umfang des nach § 816 Herauszugebenden 43

Herausgabe des Erlöses als solchen; kein Abzug des Sondergewinns.

VI. § 17. Art der Geltendmachung des Anspruchs, insbesondere Zeitpunkt der Genehmigungserklärung 44

1. Keine Genehmigung in der Klage, da sonst Eigentümer bei Nichtbefriedigung geschädigt. — 2. Genehmigung nicht durch Zahlung bedingt, da dann kein Anspruch besteht. — 3. Genehmigung Zug um Zug gegen Erhalt des Erlöses.

B. § 816 I, 1 ohne vorherige Genehmigung der Verfügung anwendbar, wenn diese tatsächlich wirksam?

I. § 18. Fälle, in denen Zwang zu vorheriger Genehmigung unbillig für den Eigentümer 45

Verbleib der Sache unbekannt, besonderes Interesse des Eigentümers an der Sache.

II. § 19. § 816 nicht aus dem Gesichtspunkt wirksamer „Verfügung" über den Besitz anwendbar 47

Besitzübergabe kein Rechtsgeschäft; Kaufpreis nicht Gegenwert für Besitzerlangung.

III. § 20. Entsprechende Anwendung des § 816 bei tatsächlicher Wirksamkeit durch Ähnlichkeit der Rechtslage gerechtfertigt . . 47

Unbillig, den Anspruch auf einen Zustand dem Vorhandensein des Zustandes gleichzustellen. — Wirtschaftlicher Inhalt

Seite

des Eigentums ist der Genuß der Sache. Dieser kann durch Verkauf und Einverleibung des Gegenwertes erfolgen. — Tatsächliche Entziehung der rechtlichen wirtschaftlich gleichbedeutend. Daher entsprechende Anwendung des § 816 gerechtfertigt.

IV. § 21. Schutz des Besitzers bei Wiederauftauchen der Sache . . . 50

1. Voraussetzung für den Anspruch ohne Genehmigung, daß Verbleib der Sache unbekannt und Eigentümer besonderes Interesse an ihrer Wiedererlangung hat. — 2. Rückzahlung des Geleisteten nach § 812, da Wegfall der Bereicherungslage, wenn Eigentümer seine Sache wiedererlangt. Haftung gemäß § 820 I, 2.

C. § 22. Erörterung einiger Sonderfälle 51

1. Nichtigkeit des Kausalgeschäftes oder der gesamten Veräußerung. — 2. Ersitzung durch Erwerber: kein Anspruch aus § 816, da Verfügung nicht wirksam. — 3. Untergang der Sache beim Erwerber. Anspruch gegen den Veräußerer nach § 816, außer bei Rückgriff des Erwerbers. — 4. Verbrauch der Sache durch Erwerber. — 5. Verbindung — Vermischung, Verarbeitung durch Erwerber: Verzichtleistung auf den Anspruch aus § 951 gegen den Erwerber zur Erlangung des Anspruchs aus § 816 gegen den Veräußerer möglich.

Vierter Teil.

§ 23. Vergleich der beiden möglichen Lösungen 56

Verzeichnis der benutzten Schriften.

I. Kommentare.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl. 1928.
Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Soergel. I. Bd. 4. Aufl. 1929.
Jaeger: Kommentar zur KO. I. Bd. 6.—7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1931.
Oertmann: Kommentar. Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927; Schuldrecht, 5. Aufl. 1928/29.
Planck: Kommentar. Schuldverhältnisse, Bd. I u. II 1928; Sachenrecht 1920.
Schollmeyer: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Staudinger: Kommentar. Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1929/30.
Warneyer: Kommentar. 2. Aufl. 1929.

II. Lehrbücher und systematische Darstellungen.

Dernburg: Pandekten. I. Bd. 7. Aufl. 1902.
— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Bd. 1. Abt. Halle 1915.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt. Berlin 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse, 10. Bearb. 1928, 11. Bearb. (Lehmann) 1930; Sachenrecht, 8. Bearb. 1929.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Leonhard: Bürgerliches Recht. Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.
— Allgemeines und Besonderes Schuldrecht des BGB. 1929 und 1931. In Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 10. Abt. II. Teil Bd. I u. II.
Siber: Schuldrecht. Leipzig 1931.
Simeon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. I. Bd. Berlin 1928.
Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1926. In Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswiss. (Kohlrausch) Bd. VIII.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. In Bindings Handbuch der deutschen Rechtswiss. 10. Abt. 1. Teil Bd. I u. II, 1. Hälfte 1914; 2. Hälfte 1918.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

III. Sonderschriften.

Bovensiepen: „Genehmigung" in Handwörterbuch der Rechtswiss. 1927 S. 695 ff.

Bernhardt: Der Anspruch des Eigentümers einer gestohlenen Sache gegen ihren gutgläubigen Veräußerer. Diss. Freiburg 1930.
Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im BGB. Marburg 1905.
Cohn: Rechtsfolgen nichtiger Weiterveräußerung durch den Bereicherten. In Jur. Rundschau 1928 S. 229 ff.
Dölle: Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe. In Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben III. Bd., Leipzig u. Berlin 1929.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888.
Ewald: Bemerkungen zu § 816 Abs. 1 BGB. In Jur. Rundschau 1926 S. 721.
Falk: Die Übertragung der schuldrechtlichen Regeln auf die rei vindicatio. Diss. Köln 1928.
Felixbrodt: Das Gläubigerrecht in § 281. Diss. Greifswald 1918.
Fischer: Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.
— Grenzgebiete des Schadensersatzes und des Bereicherungsanspruchs. In Festschrift für Zitelmann. München u. Leipzig 1913.
Fitting: Über den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856.
— Über den Begriff der Bedingung. In ArchZivPrax. Bd. 39 S. 305 ff.
Flechtheim: Die Haftbarkeit des Erwerbers gestohlener Sachen. In Recht und Wirtschaft 1912 S. 411 ff.
Franke: Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte. Leipzig 1931.
Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs. Breslau 1902.
Haymann: Zuwendung aus fremdem Vermögen. In JherJahrb. Bd. 77 S. 188 ff.
— Haftung auf den Erlös aus der Verfügung über fremdes Recht. In Leipziger Zeitschrift 1930 Sp. 681 ff.
Hellwig: Grenzen der Rückwirkung. Gießen 1907.
— Über die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache (nach römischem Recht). Straßburger Diss., Kassel 1878.
— Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1904.
— Über Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche mit besonderer Beziehung auf § 38 der Reichskonkursordnung. In ArchZivPrax. Bd. 68 S. 217 ff.
Horn: Das Recht des Schadensersatzpflichtigen auf Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten bei Verlust und insbes. bei Beschädigung eines Objektes. Diss. Rostock 1906.
Jhering: Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? In JherJahrb. Bd. 16 S. 230 ff.
— Abhandlungen aus dem römischen Recht. Leipzig 1844.
— Geist des römischen Rechtes auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Aufl. Leipzig 1877.
Jung: Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB.) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts. In Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Berlin u. Leipzig 1929, Bd. III S. 143 ff.
— Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.
Kappesser: Das Eigentum an der verlorenen Sache, für die Ersatz geleistet ist. In Hanseat. Rechtszeitschr. 1926 Sp. 121 ff.

Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
Kipp: Über den Begriff der Rechtsverletzung. In Festgabe für Otto Gierke II. Bd., Breslau 1910.
Kisch: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.
Kluckhohn: Über die Verpflichtung zur Herausgabe des bei dem Verkaufe einer fremden Sache erzielten Gewinnes. In ArchBürgerlR. Bd. 41 S. 171 ff.
Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Levy: Besprechung des Urteils des Reichsgerichts vom 12. März 1923. In Jur. Wochenschr. 1923 S. 684 ff.
Lewinsky: Die Anwendung des § 281 BGB. auf die rei vindicatio. Diss. Halle-Wittenberg 1930.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
Mommsen: Erörterungen über die Regel: commodum eius esse debet cuius periculum est. Braunschweig 1859.
Oertmann: Die Rechtsbedingung. Leipzig 1924.
— Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. Berlin 1901.
— Ersitzung und Bereicherungshaftung. In Recht 1910 S. 585 ff.
— Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen. In Recht 1915 S. 510 ff.
Olshausen: Besprechung von Rieß: Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten, in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 436 ff.
Plath: Die Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum durch Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen. Diss. Jena 1928.
Rieß: Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten. Breslau 1902.
Römer: Ist der § 281 BGB. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? In ArchZivPrax. Bd. 119 S. 293 ff.
Rothkugel: Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem BGB. Diss. Jena 1911.
Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht. In ArchZivPrax. Bd. 90 S. 171 ff.
— Besprechung von Oertmanns Vorteilsausgleichung. In Krit. Vierteljahrsschr. 1904 S. 189 ff.
Schmidt: Unechte Solidarität. In JherJahrb. Bd. 72 S. 1 ff.
Schoeninger: Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. In ArchZiv.-Prax. Bd. 96 S. 163 ff.
Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb. In ArchZivPrax. Bd. 105.
Schwarz: Der Anspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtswirksam verfügenden, gutgläubigen Nichtberechtigten. Diss. Tübingen 1930.
Seefried: Der § 281 BGB. Diss. Erlangen 1905.
Seuffert: Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Würzburg 1868.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldrecht. Leipzig 1903.
Simon: Der Anspruch auf die Ersatzvorteile. Diss. Köln 1928.
Starke: Kriegsgewinn auf Grund von Beschlagnahme. In JW. 1915 S. 561 ff.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
— Besprechung des Urteils des Reichsgerichts (III. ZS.) vom 24. März 1928 in JW. 1928 S. 2016 ff.
Walsmann: Der Verzicht. Leipzig 1912.
— Besprechung des Urteils des OLG. Hamburg (IV. ZS.) vom 9. Juni 1925 in JW. 1926 S. 1244.
Wedemeyer: Besprechung des Urteils des OLG. Hamburg (V. ZS.) vom 2. Dezember 1925 in JW. 1926 S. 2775.
Weiser: Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nichtberechtigtem bei ursprünglich unwirksamen Verfügungen. Diss. Köln 1927.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, oder: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. In ArchZivPrax. Bd. 100 S. 1 ff.
Wenzel: Der eintretende Ersatzwert bei der Eigentumsklage. Diss. Marburg 1930.
Werner: Besprechung des Urteils des RG. vom 28. Oktober 1926 in JW. 1927 S. 1141.

Erster Teil.

§ 1. Darstellung der in der Arbeit behandelten Streitfragen in ihrer praktischen Bedeutung.

Dem Eigentümer E ist sein Fahrrad gestohlen worden. Der Dieb hat das Rad an V und V hat es weiterverkauft. Name und Wohnung des Käufers sind unbekannt. Welche Rechte hat E?

Gemäß § 935 BGB. ist E Eigentümer des Fahrrads geblieben, kann also, wenn er das Rad wieder antrifft, seinen dinglichen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB. geltend machen. Solange jedoch der gegenwärtige Besitzer unbekannt ist, bleibt dies Recht praktisch wertlos. Sodann kann E gegen den Dieb vorgehen und von ihm Ersatz für allen Schaden verlangen, der ihm durch den Diebstahl erwachsen ist (§ 992 BGB.). Doch wird die Vollstrekkung gegen den Dieb vielfach fruchtlos ausgehen, denn es sind meistens nicht gerade vermögende Personen, die Gebrauchsgegenstände stehlen. Bei der Frage, ob E gegen V Ansprüche geltend machen kann, ist zu unterscheiden, ob V befangener oder unbefangener Besitzer gewesen ist[1]). War er Hehler, so ist er haftbar nach § 992 BGB. Hat er den Besitz nicht durch strafbare Handlung erlangt, war ihm aber beim Erwerb bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt, oder hat er später erfahren, daß er nicht Eigentümer der Sache geworden war, so haftet er auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe gemäß §§ 990, 989 BGB. Kannte er den Mangel seines Eigentums, so führte er zudem ein fremdes Geschäft als eigenes, obwohl er wußte, daß er dazu nicht befugt war; gemäß §§ 687 II, 681, 667 muß er daher zumindest den erlangten Kaufpreis an E herausgeben[2]).

Wie steht es jedoch mit einer Verpflichtung des V gegenüber E, falls er unbefangen war? Auf Schadensersatz haftet er nicht. Muß er aber den durch den Verkauf erlangten Erlös an E heraus-

---

[1]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 139.
[2]) Walsmann in JW. 1926, 1244.

geben? Diese Frage soll Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Unter den Bestimmungen der §§ 987 ff., die die Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer regeln, findet sich keine Vorschrift, die eine Verpflichtung des gutgläubigen Veräußerers einer fremden, gestohlenen Sache auf Herausgabe des Erlöses begründet oder ausdrücklich ausschließt[3]). Eine verpflichtende Geschäftsführung liegt nicht vor[4]), denn der Veräußerer weiß gerade nicht, daß er ein fremdes Geschäft führt (§ 687 I). Auf der anderen Seite wird eine Schadloshaltung des Eigentümers durch § 935 BGB. erfordert. Man mag über die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung streiten und den Grundsatz „Hand wahre Hand" durch die Entwicklung des Verkehrslebens als überholt ansehen. Die verschiedene Behandlung abhandengekommener und freiwillig aus der Hand gegebener Sachen erscheint nicht mehr gerechtfertigt. Wer eine Sache verliert, handelt meist leichtfertiger als derjenige, der sie einem anderen anvertraut. Außerdem entsteht durch den nur teilweisen Schutz des guten Glaubens beim Eigentumserwerbe eine große Verkehrsunsicherheit; niemand kann einer Sache ansehen, ob sie gestohlen ist. Unbestreitbar bleibt jedoch der § 935 geltendes Recht; er muß daher auch in dem Umfange, den seine Auslegung ergibt, angewandt werden. Der Sinn des § 935 ist jedoch der: Wer bestohlen wird, soll dadurch keinen Rechtsverlust, keine Vermögenseinbuße erleiden. Das Gesetz hält also das Interesse des bestohlenen Eigentümers für schützenswerter als die Verkehrssicherheit und das Vertrauen gutgläubiger Erwerber.

Dem Eigentümer soll aus dem Diebstahl kein Schaden erwachsen. Umgekehrt heißt dies: Dritte sollen auf Kosten des Eigentümers keine Rechte erwerben. Sollen diese aus § 935 zu entnehmenden Sätze praktisch Geltung erlangen, so muß in dem anfangs gestellten Fall sich der E an V auch halten können, wenn dieser unbefangen ist; denn V hat durch den Verkauf des dem E gestohlenen Fahrrads den Kaufpreis erlangt. Auf welche Bestimmungen sich die Verpflichtung des gutgläubigen Veräußerers zur Herausgabe des Erlöses mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift gründen kann, ist in Wissenschaft und Rechtsprechung besonders in neuerer Zeit heftig umstritten. Wiederholt ist die Frage Gegenstand oberlandesgerichtlicher[5]) und reichsgerichtlicher[6])

[3]) Plath S. 91; Bernhardt S. 10 ff.
[4]) Levy a. a. O.
[5]) OLG. Hamburg in HansGerZ. 1924 Nr. 50; HansRZ. 1926 Sp. 65 = JW. 1926, 2775; OLGE. Bd. 45 S. 126; OLG. Köln in LZ. 1927 S. 61.
[6]) RGZ. 105, 84; 115, 31.

Entscheidungen gewesen, woraus ihre große praktische Bedeutung erhellt. Im wesentlichen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob der unbefangene Veräußerer nach § 281 BGB. oder nach § 816 I, 1 BGB. oder auf Grund dieser beiden Vorschriften zur Herausgabe des Erlöses aus einer gestohlenen Sache verpflichtet sei. Im folgenden wird demgemäß zunächst die Anwendbarkeit des § 281 und dann die des § 816 geprüft werden.

Zweiter Teil.

Lösung durch entsprechende Anwendung des § 281 BGB.

A. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmung.

I.

§ 2. Rechtsgeschäftlicher Erlös „Ersatz" im Sinne des § 281.

Eine gesetzliche Vorschrift ist auf einen Sachverhalt anwendbar, wenn in ihm ihre einzelnen Voraussetzungen enthalten sind. Es ist daher unsere Aufgabe, zu prüfen, ob sich die Merkmale des § 281 in dem behandelten Sachverhalt finden lassen. Zweckmäßig erscheint jedoch, Gründe außerhalb des § 281, welche geeignet sein könnten, seine Anwendung auszuschließen, vorher zu erörtern. Es fragt sich, ob grundsätzlich schuldrechtliche Vorschriften zur Regelung sachenrechtlicher Beziehungen ergänzend herangezogen werden können, und ob die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer nicht abschließend in den §§ 987 ff. geregelt sind. Streitig ist ferner, ob allgemein rechtsgeschäftlicher Erlös als Ersatz im Sinne des § 281 gelten kann. Verneint man dies, so erübrigt sich die Prüfung der Anwendbarkeit des § 281 auf den Eigentumsherausgabeanspruch. Diese Fragen allgemeiner Art werden daher zunächst behandelt, da sie die Grundlagen bilden[1]), auf denen sich die spätere Erörterung der besonderen Fragen aufbaut, die sich aus der Eigenart unseres Tatbestandes ergeben.

---

[1]) Vgl. Dölle S. 26.

1. Wir erörtern die Frage, ob rechtsgeschäftlicher Erlös als Ersatz im Sinne des § 281 gelten kann, an folgendem einfachen Tatbestande: A veräußert eine an B verkaufte Sache an C. In diesem Falle haftet A einmal wegen verschuldeter Unmöglichkeit auf Schadensersatz. Kann B von ihm den Erlös aus der Veräußerung auch aus dem Gesichtspunkte des § 281 verlangen?

Der § 281 setzt zunächst voraus, daß die geschuldete Leistung unmöglich ist. Durch das Vorbringen der Tatsache, daß A die dem B geschuldete Sache veräußert hat, ist dargetan, daß es A unmöglich ist, dieselbe Sache auch noch dem B zu übereignen[2]). Regelmäßig wird er nämlich nicht die Möglichkeit des Rückerwerbes haben. Die Unmöglichkeit ist damit bewiesen. Es wäre Sache des A darzulegen, daß ihm im Einzelfall ausnahmsweise ein Rückerwerb und somit Erfüllung der Leistung doch möglich ist.

2. Der Ersatz muß erlangt sein „infolge des Umstandes", der die Unmöglichkeit verursacht hat. Man hat behauptet, die Unmöglichkeit sei die Folge der Übereignung der Sache, der Erlös, zum mindesten der Anspruch auf ihn, entspringe aber dem zugrundeliegenden Schuldvertrag und entstehe schon mit dessen Abschluß[3]). Es sei also nicht der gleiche Umstand, der die Unmöglichkeit und die Erlangung des Ersatzes zur Folge habe. Das dingliche Geschäft allein erklärt jedoch die Unmöglichkeit nicht. Käme nicht der schuldrechtliche Grundvertrag hinzu, so wäre die Übereignung nicht endgültig; sie wäre ohne rechtlichen Grund erfolgt und würde der Rückforderung nach § 812 unterliegen. Ebensowenig wird der Ersatz allein als Folge der Schuldverpflichtung erlangt. Aus dem Kaufvertrag entspringt nur ein Anspruch auf Erfüllung Zug um Zug. Der Käufer kann und wird regelmäßig die Bezahlung verweigern (§ 320), bis ihm der gekaufte Gegenstand übereignet wird. Nur der wirtschaftliche Vorgang der Veräußerung als ganzer erklärt sowohl die Unmöglichkeit wie die Erlangung des Erlöses; beide sind also Folge desselben Umstandes und bedingen einander[4]).

---

[2]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht I S. 307, 471; Enneccerus § 271 I, 1; Kleineidam S. 17; Kisch S. 18; RGZ. 31, 185; 52, 92; 47, 302; RG. in JW. 1911, 711; LZ. 1910, 141. And. M. Planck-Siber III, 2a vor § 275.

[3]) So Staudinger 7./8. Aufl. zu § 281, 4.

[4]) So Oertmann § 281, 1 d; Staudinger-Werner § 281, 2; Leonhard Schuldrecht I S. 477; Enneccerus § 269 Note 9; Schulz S. 11/12; Römer S. 306.

3. Schließlich bleibt als Hauptfrage: Ist der Erlös aus der Weiterveräußerung ein Ersatz „für den geschuldeten Gegenstand"? Wird die veräußerte Sache durch den Erlös ersetzt?

a) Wir gehen aus von dem Sinn, den das Wort Ersatz nach allgemeinem, vor allem aber juristischem Sprachgebrauch hat. Von Ersatz kann man nur sprechen, wenn ein Gegenstand an die Stelle eines anderen tritt[5]). Es muß sich eine Lücke im Vermögen bilden, die wieder ausgefüllt wird. Der Verlust und der Ausgleich brauchen allerdings zeitlich nicht auseinanderzufallen[6]). Denn etwa bei einer Körperverletzung entsteht der als solcher anerkannte Ersatzanspruch mit der Verletzung. Daraus, daß der Kaufpreis schon vor oder mit Hingabe des verkauften Gegenstandes erlangt wird, erwächst daher kein Bedenken, ihn als Ersatz zu bezeichnen.

Ein Gegenstand ersetzt einen anderen nur, wenn er dessen wirtschaftliche Aufgaben zu erfüllen vermag[7]). Ein für ein Klavier eingetauschtes Rind wird man nach allgemeinem Sprachgebrauch schwerlich als Ersatz ansprechen. Geld hat jedoch die Fähigkeit, alle Lücken auszufüllen und weitestgehend andere Vermögenswerte zu vertreten. Es fragt sich jedoch, ob gerade die durch den Verkauf erzielte Summe Geldes den verkauften Gegenstand ersetzt. Kisch[8]) verneint dies, da der Kauferlös als Gegenwert durch die besonderen Bedürfnisse des Schuldners bestimmt sei. U. E. ist die Frage zu bejahen. Der Kauferlös vermag zum mindesten dem Verkäufer die verkaufte Sache zu ersetzen, warum soll man ihn nicht allgemein als Ersatz bezeichnen?

Im Gesetz erscheint das Wort Ersatz an anderen Stellen[9]) immer mit der ausdrücklichen Beschränkung „für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung", z. B. in §§ 718, 818, 1370, 1524, 1473, 1638. Diese Beschränkung ist deshalb angebracht, weil sonst der rechtsgeschäftliche Erwerb in diesen Paragraphen doppelt genannt würde. Fällt er neben anderem doch unter den Erwerb „auf Grund eines erlangten Rechtes". Aus dem Vergleich mit anderen Stellen, an denen das Gesetz von Ersatz spricht, läßt sich daher auch kein sicherer Schluß ziehen, ob es in § 281 darunter auch den Erlös aus Weiterveräußerung versteht. Daß in keinem der übrigen Fälle der rechtsgeschäftliche Erlös unter den Ersatz fällt, spricht dagegen.

---

[5]) Kisch S. 198 ff.
[6]) So Römer S. 312.
[7]) Leonhard, Lehrbuch S. 70; Schuldrecht I S. 476; Kisch S. 199; Römer S. 310; Seefried S. 51.
[8]) Kisch S. 199. Dagegen Römer S. 311; Schulz S. 444.
[9]) Vgl. Römer S. 307 ff.

Dafür ist jedoch anzuführen, daß die sonst ausdrücklich beigefügte Beschränkung in § 281 fehlt.

b) Vielleicht läßt sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte des § 281 ein Anhaltspunkt zur Bestimmung des Ersatzbegriffes gewinnen. Wie viele schuldrechtliche Bestimmungen hat auch § 281 einen Vorläufer im römisch-gemeinen Recht. Dies ist der Satz: cuius periculum eius commodum[10]). Wer den Schaden von dem Untergang einer Sache hatte, sollte auch die sich aus dem Untergang ergebenden Vorteile ziehen. Man unterschied dort allerdings zwischen dem commodum ex re und dem commodum ex negotiatione, dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe, der nach herrschender Auffassung nicht herauszugeben war. Diese Unterscheidung galt jedoch ursprünglich nur für das akzessorische commodum[11]), also dasjenige, welches gewonnen wurde, ohne den Gegenstand der Leistung in seinem Bestande zu beeinträchtigen. Auch wurde diese Unterscheidung von namhaften Schriftstellern bekämpft[12]). Wäre jedoch der gemeinrechtliche Gedanke unverändert in das BGB. übernommen worden, wie zuerst beabsichtigt war[13]), so könnte man den Anspruch aus § 281 nach seinem geschichtlichen Zusammenhang nicht auf den rechtsgeschäftlichen Erlös erstrecken. Der gemeinrechtliche Satz ist jedoch bewußt aufgegeben worden[14]). Nicht nur dem, der den Schaden von dem Untergang einer Sache hat, steht der Anspruch auf den an ihre Stelle tretenden Ersatz zu. Der Gläubiger kann vielmehr auch die Ersatzleistung fordern, wenn der Schuldner den Untergang zu vertreten hat. Das Recht auf das Ersatzstück tritt in vielen Fällen neben den Schadensersatzanspruch. Da der Satz: cuius periculum eius commodum im BGB. nicht mehr gilt, lassen sich auch aus der gemeinrechtlichen Auslegung des Wortes commodum keine bindenden Schlüsse auf den Inhalt des Begriffes Ersatz in § 281 ziehen.

c) Wir greifen daher zu einem weiteren Mittel der Auslegung und ziehen die Stellung des § 281 im Rechtssystem heran. Diese ist jedoch bestritten. Es bestehen recht verschiedene Ansichten darüber, welche Rechtsgedanken der Bestimmung des § 281 zugrunde liegen. Abzulehnen[15]) ist die Auffassung, die in dem An-

---

[10]) Enneccerus § 269 Note 8; Kleineidam S. 115.
[11]) Kisch S. 200 Note 4; Felixbrodt S. 34 ff.
[12]) Mommsen S. 107.
[13]) Kleineidam S. 115.
[14]) Felixbrodt S. 15; Kleineidam S. 115; Korsch S. 6.
[15]) mit Oertmann, Vorteilsausgl. S. 50; Felixbrodt S. 34.

spruch auf die Ersatzleistung lediglich eine Abart der Schadensersatzforderung sieht[16]). Schadensersatz setzt regelmäßig Verschulden voraus. § 281 hat aber vorwiegend praktische Bedeutung gerade in dem Falle, in dem die Leistung zufällig unmöglich wird, also die Unmöglichkeit nicht zu vertreten ist. Auch ist die Geltendmachung des Rechts auf Ersatzleistung nicht an den Nachweis eines Schadens gebunden, worin gerade der Vorzug gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz liegt, wenn beide Ansprüche nebeneinander bestehen.

Manche verzichten auf eine Erklärung des dem § 281 zugrundeliegenden Gedankens. Die Behauptung, daß diese Bestimmung „zweifellos dem Parteiwillen entspringe“[17]), besagt wenig und bedeutet eine willkürliche Unterstellung. In den Parteiwillen, solange er nicht erklärt ist, kann man vielerlei hineindeuten. Doch lassen sich diese Deutungen weder beweisen noch widerlegen, sind daher wertlos. Einfacher und klarer ist es, zu sagen, § 281 sei nicht Ausfluß eines weitergehenden Grundsatzes, sondern eine Sonderbestimmung des Gesetzes, für einen festumrissenen Einzelfall gegeben, eine sog. Legalobligation[18]), die im Rechtssystem ohne Zusammenhang dastehe. Diese Auffassung kann jedoch keine Anhaltspunkte für die Auslegung geben.

Eine weitverbreitete Meinung geht dahin, § 281 sei ein Anwendungsfall des Surrogationsprinzips[19]). Dies berührt eigenartig, da anerkannt ist, daß das BGB. einen allgemeinen Surrogationsgrundsatz in der Art etwa wie den Schuldgrundsatz nicht kennt[20]). Es handelt sich daher wohl in vielen Fällen um ungenaue Ausdrucksweise. Man will nicht behaupten, § 281 sei Ausfluß des Surrogationsprinzips, das doch gar nicht besteht, sondern es handele sich in § 281 um eine Surrogation. Dies ist sicher nicht falsch. Doch wird mit einem anderen Wort nur noch einmal gesagt[21]), was geschieht oder geschehen soll, nicht warum es geschieht. Der praktische Zweck, der Grundgedanke des § 281, läßt sich aus dem Worte Surrogation nicht herleiten. Ebensowenig geht daraus hervor, ob ein Anspruch auf den durch Rechtsgeschäft erlangten Erlös besteht.

---

[16]) So Staudinger zu § 281 in älteren Auflagen.
[17]) So Motive zu § 238.
[18]) So Korsch S. 7; Seefried S. 55.
[19]) So Starke S. 563; Kleineidam S. 115.
[20]) RGZ. 105, 89 ff.
[21]) Schulz S. 445.

Alle bisher wiedergegebenen Auslegungen fassen die Bedeutung des § 281 zu eng. Seine Aufgabe ist eine allgemeinere. So führt das Reichsgericht mit Recht aus[22]): „Der dem § 281 zugrunde liegende Rechtsgedanke geht dahin, Vermögenswerte, die im Laufe wirtschaftlicher Vorgänge Personen zugeflossen sind, welchen sie nach den maßgebenden Wirtschaftsbeziehungen nicht zukommen, denjenigen zuzuführen, denen sie gebühren.“[23])

Ebenso wie das Reichsgericht mißt auch Schulz[24]) dem § 281 weitreichende Bedeutung bei. Nach ihm läßt sich die Vorschrift erklären aus dem Grundsatz, daß der Schaden des einen nicht dem andern Nutzen bringen soll. Schulz drückt dies folgendermaßen aus: Alles was durch einen „Eingriff“ erworben wird, ist herauszugeben. Dieser „Eingriff“ besteht nicht notwendig in einem menschlichen Handeln, braucht auch nicht unbedingt widerrechtlich zu sein. Es ist darunter lediglich ein Vorgang zu verstehen, durch den ein Vermögen verletzt und gemindert wird. Bringt dieser Vorgang einem anderen einen Vorteil, den „Eingriffserwerb“, so muß der Bereicherte ihn stets an den Geschädigten herausgeben. Er soll aus dem Eingriff keinen Nutzen ziehen. Hat er dies getan, so muß in seinem Vermögen wieder der Zustand hergestellt werden, der bestände, wenn der Eingriff nicht stattgefunden hätte[25]). Auf unseren Fall angewandt, ergibt sich aus diesem Gedanken: wer eine bereits verkaufte Sache veräußert und dadurch die Erfüllung seiner Verkäuferverpflichtung unmöglich macht, verletzt den Anspruch des Käufers, begeht einen Eingriff in dessen Vermögen. Die Veräußerung bringt ihm einen Erlös, den Eingriffserwerb. Diesen muß er herausgeben, damit in seinem Vermögen der Zustand hergestellt wird, der bestände, hätte er nicht vertragswidrig veräußert, sondern seine Verkäuferverpflichtung erfüllt. Legt man also den Schulzschen Gedanken dem § 281 zugrunde, so ergibt sich, daß der Erlös aus einer Veräußerung Ersatz im Sinne des § 281 ist. Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht geprüft werden, inwieweit der von Schulz gefundene Grundsatz sonst im Recht gilt. Den Grundgedanken des § 281 scheint er jedenfalls richtig wiederzugeben[26]).

d) Für die gefundene Lösung spricht aber vor allem die Billigkeit. Es ist erste Pflicht des Schuldners, seinen Verpflichtungen

---

[22]) RGZ. 120, 297 ff.
[23]) Dagegen Titze, JW. 1928, 2016.
[24]) a. a. O. S. 1 ff., S. 427 ff.
[25]) Zustimmend RGZ. Bd. 105 S. 91.
[26]) Zust. Oertmann zu § 281, 1.

gegenüber dem Gläubiger nachzukommen. Unter Verletzung dieser Verpflichtungen darf er keinen Gewinn machen; das hieße den „Vertragsbruch prämiieren“ [27]).

So legen wir als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen im folgenden zugrunde: Der durch Rechtsgeschäft für eine Sache erzielte Erlös ist Ersatz im Sinne des § 281.

II.

§ 3. Vorschriften des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse grundsätzlich im Sachenrecht anwendbar.

1. Dem Rechte des BGB. ist die scharfe begriffliche Scheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechtsverhältnissen eigentümlich. Diese findet schon rein äußerlich Ausdruck in ihrer gesonderten Behandlung in verschiedenen Büchern. Nun ist § 281 eine Vorschrift des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse, während der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers geradezu den Mittelpunkt des Sachenrechts bildet. Es taucht daher die Frage auf, ob nicht die Verschiedenheit zwischen Schuldrecht und Sachenrecht so weit geht, daß Bestimmungen des II. Buches auf Beziehungen, die im dritten Buch geregelt sind, grundsätzlich keine Anwendung finden können. Mit der Verneinung dieser Frage würde sich die Unanwendbarkeit des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 ergeben.

Das dritte Buch handelt jedoch gar nicht so ausschließlich von dinglichen Rechtsbeziehungen, wie seine Überschrift andeutet. Es regelt nur vorwiegend dingliche Rechtsverhältnisse. Daneben finden sich im Sachenrecht eine ganze Anzahl Schuldverhältnisse behandelt, meistens solche, die im Anschluß an dingliche Rechtsänderungen und -verletzungen entstehen. Ein naheliegendes Beispiel bilden die Beziehungen zwischen dem Eigentümer und dem befangenen Besitzer [1]). Auf diese Rechtsbeziehungen als echte Schuldverhältnisse finden kraft ausdrücklicher Bestimmung, z. B. §§ 990 II, 993, Vorschriften des Schuldrechts Anwendung. Es können daher Normen des einen Buches in das andere übergreifen.

---

[27]) So Planck-Siber § 281, 1c; vgl. auch Leonhard, Schuldrecht I S. 477 ff.; Enneccerus § 269 N. 9; Schulz S. 1 S. 427 ff.; Staudinger-Werner § 281, 2; RGRKomm. § 281 I.

[1]) RGZ. 105, 88; Bernhardt S. 15 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 33.

Die rein äußerliche Tatsache, daß § 281 im Schuldrecht steht, kann demgemäß eine Unanwendbarkeit auf die Beziehungen zwischen Eigentümer und unbefangenem Besitzer nicht ergeben.

2. Diese könnte sich vielmehr nur auf die dingliche Natur des Herausgabeanspruchs und seine Verschiedenheit von einem persönlichen Schuldverhältnis gründen. Der dingliche und der persönliche Anspruch haben jedoch große Ähnlichkeit[2]). Beide verknüpfen zwei bestimmte Personen. Jedesmal kann der Berechtigte von dem Verpflichteten ein Tun oder Unterlassen verlangen. Die Gleichartigkeit ist so weitgehend, daß der Ausdruck der Motive[3]) „Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer" angebracht erscheint. Bei einer so starken Ähnlichkeit zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen walten keine Bedenken ob, Vorschriften des Allgemeinen Teils des Schuldrechts auf dingliche Rechtsbeziehungen für anwendbar zu erklären[4]). Freilich ist im einzelnen Fall sorgsam zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Heranziehung der betreffenden Bestimmungen vorliegen. Denn da keine völlige Gleichheit zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen besteht, wird bisweilen die besondere dingliche Eigenart einer Rechtsbeziehung die Anwendung eines schuldrechtlichen Rechtssatzes auf sie ausschließen.

III.

§ 4. Keine abschließende Regelung der Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer durch die §§ 987 ff.

Allgemeine begriffliche Erwägungen geben also nicht Veranlassung, von einer Ergänzung der Regelung des dinglichen Herausgabeanspruchs durch Vorschriften des Schuldrechts Abstand zu nehmen. Doch fragt sich, ob die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer nicht in den §§ 987 ff. eine abschließende Behandlung erfahren haben[1]). Schließen die §§ 987 ff. nicht als Sondervorschriften die Heranziehung anderer schuldrechtlicher Bestimmungen aus? Deutlich spricht § 993 I letzter Satz aus, daß Schadensersatzansprüche neben den in den §§ 987—992 zugebilligten

---

[2]) Bernhardt S. 15.
[3]) Bd. III S. 400.
[4]) Allgemein anerkannt. Vgl. RGZ. 105, 84 ff.; v. Tuhr S. 265 u. a.
[1]) Weiser S. 50 ff.

nicht geltend gemacht werden können[2]). Auch verneint er die Anwendbarkeit der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung mit Ausnahme des § 816.

Nun gibt jedoch § 281 keinen Schadensersatzanspruch[3]). Er fordert weder den Nachweis eines Schadens, noch ist er, wie regelmäßig der Schadensersatzanspruch, an Verschulden als Voraussetzung geknüpft. Der Anspruch auf den Ersatzvorteil kann vielmehr neben dem Schadensersatzanspruch gegeben sein — wobei freilich einer dieser Ansprüche auf den andern anzurechnen ist —, oder auch gerade dann, wenn Schadensersatzansprüche versagen. Aus dem Ausschluß von Schadensersatzansprüchen kann man daher nicht auch eine Ablehnung des § 281 folgern[4]).

Der Anspruch auf den Ersatzvorteil ist aber auch kein Bereicherungsanspruch[5]). Das ergibt sich einmal daraus, daß er nicht bei den §§ 812 ff. zusammen mit den übrigen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung steht. Ferner ist er an ganz andere Tatsachen als Voraussetzung geknüpft. Schließlich ist der Umfang des Herauszugebenden bei § 281 ein anderer; er geht auf Verschaffung des als Ersatz Erlangten, nicht auf Herausgabe der Bereicherung. Der Anspruch auf den Ersatzvorteil unterliegt den allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff.[6]), nicht den §§ 818 ff.

Da die §§ 987 ff. nur die Anwendung von Vorschriften über Schadensersatz und ungerechtfertigte Bereicherung ausschließen[7]), bleibt die Möglichkeit einer Anwendung des § 281 auf das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und unbefangenem Besitzer somit offen[8]).

B. Die einzelnen Voraussetzungen des Tatbestandes von § 281 BGB.

I.

§ 5. Das Bestehen eines Schuldverhältnisses.

Da keine allgemeinen Bedenken gegen die Ergänzung der Vorschriften über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Be-

---

[2]) Bernhardt S. 18 ff.
[3]) Schwarz S. 9; Haymann, JherJb. 77, 290; Plath S. 91; RGZ. 105, 89.
[4]) RGZ. 105, 89; Plath S. 91; Bernhardt S. 19.
[5]) Schwarz S. 9; Haymann, JherJb. 77, 290; Bernhardt S. 19.
[6]) Leonhard, Schuldrecht I S. 478.
[7]) So RGZ. Bd. 101, 309; vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 139.
[8]) So RGZ. 105, 89; Plath S. 21.

sitzer durch den § 281 bestehen, prüfen wir nunmehr, ob der der Arbeit vorangestellte Tatbestand die Voraussetzungen für die Anwendung des § 281 enthält.

Der Anspruch auf den Ersatzvorteil setzt zunächst voraus, daß ein Schuldverhältnis und daraus folgend eine Leistungsverpflichtung bestanden haben. Schon bei Prüfung der Frage, ob allgemein schuldrechtliche Vorschriften im Sachenrecht ergänzend Anwendung finden könnten, waren wir davon ausgegangen, daß die Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem unbefangenen Besitzer einem Schuldverhältnis recht ähnlich sind. Dies ist hier noch näher auszuführen.

1. Der dingliche Anspruch ist grundverschieden von dem ihm zugrunde liegenden dinglichen Recht[1]). Dieses verleiht die Herrschaft über eine Sache. Der Berechtigte kann die Sache nach dem Inhalte seines Rechtes unter Ausschluß aller anderen benutzen. Alle anderen müssen dies Recht achten und dürfen seine Ausübung durch den Berechtigten nicht stören. Das dingliche Recht ist ein allwirksames Recht. Ganz anderen Wesens und Inhalts ist jedoch der dingliche Anspruch[2]); er entsteht durch Verletzung des allwirksamen dinglichen Rechts. Er ist die Form, in der das dingliche Recht auf seine Nichtachtung antwortet[3]); er regelt nicht die Beziehung einer Person zu einer Sache, sondern regelt ein Rechtsverhältnis zweier Personen untereinander. Er ist nicht eine allwirksame, von allen gleichmäßig zu achtende Befugnis, sondern wirkt einseitig gegen eine bestimmte Person, den Verletzer des dinglichen Rechts.

2. So ergibt sich, daß der aus dem dinglichen Recht entspringende Anspruch mit einem schuldrechtlichen Anspruch viel Gemeinsames hat[4]). Verschieden ist zwar der Ursprung[5]). Der Grund des dinglichen Anspruchs ist die Verletzung des dinglichen Rechts, bei den Ansprüchen des Schuldrechts ein Vertrag oder der Tatbestand eines der nurgesetzlichen Schuldverhältnisse.

Man hat vielfach behauptet, der Inhalt der dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüche sei verschieden. Erstere gingen nur auf Herstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zu-

---

[1]) Hellwig Anspruch u. Kagerecht S. 30.
[2]) Vgl. Bernhardt S. 14ff.
[3]) Falk S. 10.
[4]) Vgl. Jhering, Geist Bd. III S. 183.
[5]) Falk S. 9; Siber S. 98; Oertmann 3c vor § 241; Planck-Siber II, 1b vor § 241.

stands[6]). Dies trifft gewiß zu. Doch gilt vom schuldrechtlichen Anspruch Entsprechendes. Sein Ziel ist auch Erreichung einer Rechtslage, die das Schuldverhältnis überflüssig macht. In dem Zweck der Ansprüche liegt keine wesentliche Verschiedenheit.

Einen weiteren Unterschied des Inhaltes dieser beiden Arten von Ansprüchen hat man in folgendem gesehen. Bei dem dinglichen Anspruch handele es sich um eine bloße Herausgabepflicht. Gegenstand der Verpflichtung sei lediglich die herauszugebende Sache. Eine weitere Haftung des Vermögens des Herausgabepflichtigen trete nicht ein. Die schuldrechtlichen Ansprüche seien dagegen auf Verschaffung eines Gegenstandes gerichtet. Bei diesen finde ein Übergang aus einem Vermögenskreis in einen anderen statt[7]), während der dingliche Anspruch nur einen Vermögenskreis in seinem Bestande erhalten wolle. Diese Behauptungen sind nur teilweise zutreffend. Gewiß geht der dingliche Anspruch auf Herausgabe einer Sache. Sicherlich haben viele schuldrechtliche Ansprüche Verschaffungspflichten zum Inhalt. Es gibt aber auch viele schuldrechtliche Herausgabeansprüche[8]), etwa den des Verleihers auf Rückgabe der verliehenen Sache. Bei einem Vergleich zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen sind die nach ihrem Inhalt entsprechenden schuldrechtlichen Ansprüche, nämlich diejenigen auf Herausgabe, heranzuziehen. Tut man dies, so ergibt sich für den Inhalt beider kein Unterschied. Der dingliche wie der schuldrechtliche Herausgabeanspruch richtet sich zunächst auf Herausgabe einer bestimmten Sache. Die Vollstreckung erfolgt bei beiden in gleicher Weise nach den §§ 883, 885 ZPO.[8]). Geht die herauszugebende Sache zufällig unter, so sind der dingliche wie der persönliche Schuldner frei. Verschulden sie den Untergang, vereiteln sie die Herausgabe in Kenntnis ihrer Verpflichtung hierzu, so haften beide Schuldner auch mit ihrem übrigen Vermögen. Man kann daher schuldrechtliche Begriffe anwenden und den Eigentümer als Herausgabegläubiger und den zur Herausgabe verpflichteten Besitzer als Schuldner bezeichnen. Bevor der unbefangene Besitzer die Sache weiterveräußert hat, bestand, wie § 281 verlangt, zwischen ihm und dem Eigentümer ein Schuldverhältnis[9]), kraft dessen er zu einer Leistung verpflichtet war.

---

[6]) Wenzel S. 32, 50.
[7]) v. Tuhr § 15 S. 246.
[8]) Vgl. Planck II, 1b vor § 241.
[9]) So Dölle S. 26; Levy, JW. 1923, 684.

II. Ein Umstand als Ursache von Leistungsunmöglichkeit und Erlangung eines Ersatzvorteils.

1.

§ 6. Begriff der Unmöglichkeit auf den Eigentumsherausgabeanspruch nicht anwendbar.

Als weitere Voraussetzung erfordert der § 281 einen Umstand, der einerseits die Erbringung der geschuldeten Leistung unmöglich macht, andererseits dem Schuldner einen Ersatz für den geschuldeten Gegenstand verschafft. Als solcher Umstand kommt die Veräußerung in Frage. Wir hatten gesehen, daß die Veräußerung als Ganzes bei einem schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch (Käuferanspruch) sowohl Unmöglichkeit wie Erlangung des Ersatzes zur Folge hat. Gilt für den dinglichen Herausgabeanspruch das gleiche?

a) Die weitere Wirkung der Veräußerung ist hier ähnlich. Sie bewirkt den Untergang des Anspruchs, der hier auf Herausgabe der Sache geht. Es fragt sich nur: warum braucht diese Sache von dem bisherigen Besitzer nicht mehr herausgegeben zu werden? Darauf läßt sich nicht antworten: weil er sie veräußert hat.

§ 281 verlangt, daß die Leistung unmöglich ist. Dies ist dahin zu verstehen: durch die Unmöglichkeit der Leistung muß die Verpflichtung zu der ursprünglich geschuldeten Leistung erloschen sein. Das Wort „unmöglich" besagt zweierlei: einmal, daß die Verpflichtung zur Leistung untergegangen ist, zum anderen, warum dies geschah. Das Gesetz hält es nicht für notwendig, die Folge der Unmöglichkeit noch einmal zum Ausdruck zu bringen, weil die vorangehenden Paragraphen ausführlich davon handeln. Wir müssen daher prüfen, ob durch die Veräußerung der fremden Sache der unbefangene Besitzer unvermögend wird zur Herausgabe der Sache, und ob dieses Unvermögen der Grund ist für das Erlöschen des dinglichen Herausgabeanspruchs gegen ihn.

Hat der Besitzer die fremde Sache veräußert, so wird er regelmäßig außerstande sein, sie zurückzuerwerben und dem Eigentümer herauszugeben. Die Veräußerung wird daher auch hier normalerweise die Erbringung der Leistung dem bisherigen Besitzer unmöglich machen. Die Tatsache der Veräußerung würde den Richter von dem eingetretenen Unvermögen überzeugen[1]). So

[1]) So Plath S. 91 ff. And. M. Weiser S. 50 ff.; Haymann, JherJb. 77 S. 289.

scheint die Veräußerung der Umstand im Sinne des § 281 zu sein, der die Herausgabe unmöglich macht, und andererseits den Kauferlös, den Ersatz, verschafft.

b) Dies ist jedoch nur scheinbar der Fall. Wir haben festgestellt, daß die dinglichen von den schuldrechtlichen Ansprüchen nicht nach Inhalt und Zweck, wohl aber nach ihrem Ursprung, in ihrem Entstehen verschieden sind. Der Entstehungsgrund wirkt sich aber auch in der Dauer aus[2]). Die Voraussetzungen für das Erlöschen sind bei den dinglichen Ansprüchen andere als bei den schuldrechtlichen. Zwar liegt nach Veräußerung der herauszugebenden Sache durch den Besitzer regelmäßig Unvermögen zur Herausgabe vor. Daß der Anspruch auf die Leistung, wie geschuldet, nicht weiterbesteht, ist jedoch nicht erst Folge der Unmöglichkeit, sondern schon des Besitzverlustes[3]). Der dingliche Herausgabeanspruch geht gegen den jeweiligen Besitzer[4]). Gibt der Besitzer den Besitz auf, so ist er nicht mehr Schuldner. Er braucht die Sache nicht mehr herauszugeben, auch wenn ihm dies etwa infolge durchführbaren Rückerwerbes nicht unmöglich sein würde. Der Begriff Unmöglichkeit hat für den dinglichen Herausgabeanspruch keine Verwendungsmöglichkeit[5]). Nicht Unmöglichkeit und Leistungsmöglichkeit, sondern Besitz und Besitzverlust sind maßgebend für Bestehen und Erlöschen des dinglichen Anspruchs. So ist zwar die Veräußerung ein Umstand, der einerseits dem Schuldner einen Ersatzvorteil bringt, andererseits seine Leistung unmöglich macht. Wie sich aus seiner Stellung nach den §§ 275 ff. ergibt, hat in § 281 das Wort unmöglich jedoch den Sinn, daß es den Grund des Erlöschens der Verpflichtung zur ursprünglichen Leistung bezeichnet. Eine Unmöglichkeit mit dieser Wirkung hat jedoch die Veräußerung des Besitzers der fremden Sache nicht zur Folge. Dieses Tatbestandsmerkmal des § 281 liegt daher nicht vor. § 281 ist daher auf unseren Fall unmittelbar nicht anwendbar[6]).

---

[2]) Wenzel S. 50.

[3]) Werner, JW. 1927, 1141 ff.; Wedemeyer, JW. 1926, 2775; Plath S. 91 ff.; Schwarz S. 15.

[4]) RGZ. 115, 31; OLG. Hamburg in HansRZ. 1926, 66; Bernhardt S. 21; Dölle S. 27.

[5]) So Dölle S. 27.

[6]) Vgl. Schwarz S. 13 ff.

§ 7. Besitzverlust der Unmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal des § 281 gleichzusetzen.

Naheliegend ist jedoch der Gedanke einer entsprechenden Anwendung. Im weiteren Erfolge war auch in unserem Fall die Wirkung der Veräußerung die gleiche wie die in § 281 erforderte: Fortfall der ursprünglich geschuldeten Leistung und Erlangung eines Ersatzes. Nur der Weg ist ein wenig anders. Einmal führt er über die Unmöglichkeit, das andere Mal über den Besitzverlust. In ihrer Bedeutung und ihrer Wirkung für den Anspruch, auf den sie Anwendung finden können, entsprechen sich diese Begriffe. Wesentlich ist, daß beide die Verpflichtung zur ursprünglichen Leistung erlöschen lassen. Die verschiedene Benennung des Umstandes, der ganz entsprechende Folgen zeitigt, darf nicht Anlaß geben, von einer entsprechenden Anwendung des § 281 Abstand zu nehmen[1]).

Man hat jedoch geltend gemacht, auch in der Wirkung auf das Schuldverhältnis seien Unmöglichkeit und Besitzverlust so verschieden, daß von einer entsprechenden Anwendung des § 281 nicht die Rede sein könne. Werde eine Leistung unmöglich, so erlösche damit noch nicht das Schuldverhältnis. Dieses sei vielmehr ein Organismus[1a]), von dem der Anspruch auf die Leistung nur eine Äußerungsform darstelle. Das Schuldverhältnis sei die zugrunde liegende wirksame Kraft, aus der die Ansprüche entsprängen[2]). Die Unmöglichkeit der Erfüllung eines solchen Anspruchs zerstöre nicht schon das Schuldverhältnis. Gerade § 281 sei eine Folge des Fortbestehens des Schuldverhältnisses. Er bringe nur noch einmal zum Ausdruck, was sich schon aus der Natur des Schuldverhältnisses ergebe. Der Anspruch auf den Ersatzvorteil fließe aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis[3]). Ganz anders dagegen sei die Wirkung des Besitzverlustes auf den dinglichen Herausgabeanspruch. Hier sei der Besitz Voraussetzung für das Bestehen des Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer. Falle der Besitz fort, so erlösche auch das Schuldverhältnis als Ganzes und habe nicht die Fähigkeit, mit anderem Inhalt fortzudauern[4]), was § 281 aber voraussetze.

---

[1]) So Dölle S. 27; a. M. Schwarz S. 22.
[1a]) Vgl. Oertmann 3c vor § 241.
[2]) Bernhardt S. 21 ff.; Wenzel S. 35.
[3]) So RGZ. 115, 31; Bernhardt S. 21 ff.; Wenzel S. 35—39.
[4]) Bernhardt S. 21 ff.; Franke S. 34; Oertmann § 281 Anm. 8; RGZ. 115, 31; Weiser S. 52.

In einem Falle könne der Schuldner die vertragliche Bindung nicht durch freiwillige Veräußerung einseitig lösen; im anderen beseitige der gutgläubige Besitzer durch freiwillige Entäußerung des Besitzes einseitig den Anspruch des § 985 [5]).

Es ergebe sich auch schon aus dem Inhalt des dinglichen Anspruchs, daß er gegen denjenigen, der den Besitz aufgegeben habe, nicht fortbestehen könne. Der Anspruch des § 985 auf Herausgabe der Sache könne nur von dem jeweiligen Besitzer erfüllt werden. Mit dem Besitzverlust werde die Verpflichtung gegenstandslos [6]). Da der Anspruch nicht auf Verschaffung der Sache gerichtet sei, hafte der Herausgabeschuldner nicht mit seinem sonstigen Vermögen, brauche daher auch den durch die Veräußerung erlangten Ersatz nicht herauszugeben.

Diese Gedanken verdienen nicht in jeder Hinsicht Beifall. Richtig ist, daß § 281 verlangt, daß ein Schuldverhältnis bestanden hat, welches die Fähigkeit hat, mit verändertem Inhalt fortzubestehen [7]). Denn Umfang und Inhalt der Ersatzverpflichtung werden wesentlich durch das alte Schuldverhältnis bestimmt [8]). Daß aber ein Anspruch auf den Ersatzvorteil gegeben ist, beruht lediglich auf § 281. Diese gesetzliche Bestimmung bringt nicht überflüssigerweise noch einmal zum Ausdruck, was sich schon aus der Natur des Schuldverhältnisses ergibt, sondern ist Grund des Anspruchs auf den Ersatzvorteil und der Fortsetzung des Schuldverhältnisses [9]). Ohne den § 281 würde ein Schuldverhältnis, das auf eine bestimmte Leistung gerichtet ist, völlig untergehen in dem Augenblick, in dem diese Leistung zufällig unmöglich wird (§ 275 BGB.) [10]). Wenn daher das Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, was nicht bestritten wird, mit dem Wegfall des Besitzes erlischt, so tritt dort dieselbe Wirkung infolge Besitzverlustes ein, die bei den Schuldverhältnissen die zufällige Unmöglichkeit zeitigt. Es erhellt hieraus nur wieder die entsprechende Bedeutung von Unmöglichkeit und Besitzverlust. Nicht aber kann man aus dem Erlöschen des dinglichen Anspruchs bei Besitzverlust folgern, daß § 281 auf den dinglichen Anspruch nicht anwendbar sei. Es ist gerade die Frage, ob durch § 281 auch das Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer in veränderter Form

---

[5]) OLG. Hamburg in HansRZ. 1926 Sp. 65 ff.; Weiser S. 52 ff.
[6]) So Lewinsky S. 32; Bernhardt S. 21.
[7]) RGZ. 115, 31; Plath S. 91 ff.
[8]) Schwarz S. 15.
[9]) So Plath S. 91 ff.; Dölle S. 28. Anders Bernhardt S. 21 ff.
[10]) Plath S. 91 ff.; Lewinsky S. 27; Dölle S. 28.

fortgesetzt werden kann[11]). Diese Frage kann man nicht verneinend beantworten mit der Begründung, daß ein Fortbestehen dieses Schuldverhältnisses nicht stattfindet, wenn man § 281 nicht anwendet. Die Frage geht dahin, ob § 281 anwendbar ist, nicht: was geschieht, wenn § 281 nicht herangezogen wird.

Daß aber § 281 eingreifen muß, ergibt folgende vergleichende Betrachtung zwischen dem dinglichen Herausgabeanspruch und schuldrechtlichen Ansprüchen.

1. Wird eine Leistung zufällig unmöglich, so erlischt die Verpflichtung zur Leistung. Das Schuldverhältnis geht unter. Entsprechend: verliert der unbefangene Besitzer den Besitz, so wird er von der Herausgabepflicht frei.

2. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so verwandelt sich der Anspruch auf die Leistung in einen solchen auf Schadensersatz. Ebenso: vereitelt der befangene Besitzer die Herausgabe, so verwandelt sich der dingliche Herausgabeanspruch in einen Schadensersatzanspruch, §§ 989 ff.

3. Wird die Leistung durch einen Umstand zufällig unmöglich, durch den der Schuldner auch einen Ersatz erlangt, so tritt an die Stelle des Anspruchs auf Leistung der Anspruch auf den Ersatzvorteil. Entsprechend: verliert der unbefangene Besitzer den Besitz durch einen Umstand, der ihm einen Ersatz verschafft, so sollte an Stelle des ursprünglichen Anspruchs nicht auch der Anspruch auf den Ersatzvorteil treten? Warum soll in diesem Falle eine entsprechende Regelung nicht am Platze sein? Der Besitz ist nur Voraussetzung des dinglichen Anspruchs. Solange der Berechtigte sein Eigentum behält, hat der dingliche Anspruch die Fähigkeit, unter gewissen Voraussetzungen in Form eines schuldrechtlichen weiterzubestehen[12]). Dafür weisen die §§ 987 ff. viele Beispiele auf. Eine begriffliche Erwägung, nach der die Erlangung eines Ersatzvorteils nicht auch als Voraussetzung für die Umwandlung des dinglichen Herausgabeanspruchs in einen schuldrechtlichen dienen könnte, ist nicht ersichtlich[13]). Auch seine Natur als Herausgabeanspruch spricht nicht dagegen. Infolge der Erlangung des Ersatzvorteils verwandelt sich der Herausgabeanspruch in einen Verschaffungsanspruch. Entsprechendes gilt von schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen. Veräußert der Entleiher den geliehenen Gegenstand, so tritt auch an Stelle des Herausgabe-

[11]) Titze, JW. 1928, 2016.

[12]) Plath S. 91 ff.; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 33; Lewinsky S. 27.

[13]) So Titze, JW. 1928, 2016; Plath S. 91 ff.

anspruchs des Verleihers sein Verschaffungsanspruch auf den Erlös gemäß § 281. Auch der schuldrechtliche Anspruch ändert also seine Natur in einen Verschaffungsanspruch. Juristische Begriffe schließen daher die Anwendbarkeit des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch nicht aus[14]).

Auch die Behauptung, der Besitzer könne sich dem Herausgabeanspruch einseitig entziehen, trifft nicht zu. Daß der unbefangene Besitzer bei Veräußerung der fremden Sache nicht auf Schadensersatz haftet, erklärt sich daraus, daß er sich nicht bewußt ist, eine fremde Sache zu veräußern; ihm fehlt die Kenntnis der Widerrechtlichkeit. Würde ein Schuldner seine Verpflichtung zur Leistung nicht kennen, könnte er auch den Leistungsgegenstand vernichten, ohne sich haftbar zu machen. Es würde ihn kein Verschulden treffen. Die Unmöglichkeit wäre zufällig. Es ist somit nicht richtig, daß der dinglich Herausgabepflichtige das Schuldverhältnis einseitig lösen könne und der persönliche nicht. Beide haften bei Verschulden, und ohne Verschulden nicht.

Die Ähnlichkeit mit schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen, die Gleichartigkeit der Wirkung von Besitzverlust und Unmöglichkeit sowie die Fähigkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs, in Form schuldrechtlicher Ansprüche weiterzubestehen, machen somit eine entsprechende Anwendung des § 281 möglich.

C.

§ 8. Entsprechende Anwendbarkeit des § 281 zufolge des ihm nach seinem Zusammenhang im Recht zugrunde liegenden Rechtsgedankens.

I. Für die Anwendung des § 281 spricht aber auch der ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke. Diesen hatten wir[1]) mit Schulz dahin gefaßt, § 281 solle verhüten, daß der Schaden des einen dem andern Vorteil bringt, oder inhaltlich gleich mit dem Reichsgericht: Vermögenswerte, die gewissen Personen zugeflossen sind, denen sie nach den unterliegenden Wirtschaftsbeziehungen nicht zukommen, sollen denjenigen Personen zugeführt werden, denen sie gebühren. Der Erlös aus einer Sache, an der kein sonstiges Recht besteht, gebührt jedoch dem Eigentümer[2]). Es ist nicht recht verständlich,

[14]) So Titze a. a. O.
[1]) Siehe oben § 2.
[2]) So Titze, JW. 1928, 2016.

wenn das Reichsgericht trotzdem die Anwendbarkeit des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch verneint[3]). Denn was es gegen die Anwendbarkeit anführt, erscheint nicht stichhaltig. § 281 bilde nur eine Ergänzungsvorschrift in der Lehre von der Unmöglichkeit. Im Sachenrecht würde er aber einen Normalfall regeln. Nach der Systematik des BGB. müßte daher diese Bestimmung im vierten Titel des dritten Abschnitts des Sachenrechts stehen, nicht im ersten Titel des Abschnitts: Inhalt der Schuldverhältnisse[4]). Einmal ist dagegen zu sagen, daß alle sachenrechtlichen Ansprüche durch Vorschriften des Allgemeinen Teils des Schuldrechts ergänzt werden können, diese allerdings insofern systematisch in das erste Buch gehörten. Auch will nicht einleuchten, daß der Verkauf einer fremden Sache nun im Sachenrecht einen Normalfall bilden soll, § 281 dagegen im Schuldrecht lediglich eine Ergänzungsvorschrift darstelle. Spricht doch das Reichsgericht selbst dem § 281 eine recht allgemeine, weitreichende Aufgabe zu.

II. Andere leugnen die Anwendbarkeit des § 281, weil dieser nur für den Fall eines persönlichen Schuldverhältnisses passe[5]). Bei diesem könne sich der Gläubiger nur an eine Person halten. Daher sei § 281 hier notwendig, um den Anspruch gegen diesen einen Schuldner zu erhalten. Der Eigentümer könne dagegen den neuen Besitzer in Anspruch nehmen, sei nicht auf den einen Schuldner angewiesen, da sein Anspruch in anderer Richtung weiterbestehe. Richtig ist hier gesehen, daß § 281 regelmäßig für den persönlichen Gläubiger von größerer Wichtigkeit sein wird. Doch kann eben auch für den Eigentümer der Anspruch auf den Ersatzvorteil wertvoll sein, nämlich gerade wenn der neue Besitzer unbekannt, der dingliche Herausgabeanspruch somit praktisch nicht durchsetzbar ist. Die Tatsache, daß für den Gläubiger eines schuldrechtlichen Anspruchs der Anspruch auf den Ersatzvorteil regelmäßig wichtiger ist als für den dinglichen Gläubiger, kann kein Grund sein, den § 281 für unanwendbar zu erklären, wenn für den Eigentümer nun im Einzelfall der Anspruch auf den Ersatzvorteil doch große Bedeutung hat[6]). Daß das Bedürfnis seltener vorhanden ist, gibt keinen Anlaß, es dann, wenn es auftritt, unbefriedigt zu lassen.

---

[3]) RGZ. 115, 31; JW. 1923, 684.

[4]) RGZ. 115, 31 ff.; OLG. Hamburg, HansGerZ. 1924 Nr. 50; Weiser S. 50 ff.

[5]) Weiser S. 50 ff.; Haymann, JherJb. 77, 290; Schwarz S. 22; Bernhardt S. 21 ff.

[6]) Dölle S. 28.

Andere machen geltend, es habe wenig Sinn, den § 281 anzuwenden. Der dingliche Anspruch gehe auf Herstellung der unmittelbaren Sachherrschaft [7]). Diese könne durch § 281 doch nicht erreicht werden. Dagegen läßt sich sagen, daß durch § 281 nie die geschuldete Leistung in ihrer ursprünglichen Form erbracht wird, daß er eben seinem Wesen nach ein Ersatzanspruch ist. § 281 gewährt statt der Sachherrschaft doch wenigstens ein Ersatzrecht.

III. Auch der Parteiwille soll dazu dienen, die Unanwendbarkeit des § 281 zu beweisen. Im Schuldrecht gehe der Wille der Vertragsparteien dahin, bei Untergang des Leistungsgegenstandes solle der für ihn erlangte Ersatz an seine Stelle treten [8]). Im Sachenrecht dagegen fehle ein solcher Parteiwille. Neben die allgemeinen Bedenken, die gegen einen Beweis aus dem nicht erklärten Parteiwillen sprechen, treten hier noch besondere, die diese Art der Beweisführung als willkürlich kennzeichnen. Wir hatten bereits gesehen, daß der Anspruch auf den Ersatzvorteil aus dem § 281 und nicht aus dem Parteiwillen entspringt. Daß dieser aber auch gar nicht der Grund des Anspruchs sein kann, geht daraus hervor, daß § 281 unbestritten Anwendung findet auch bei den nurgesetzlichen Schuldverhältnissen, bei denen man von einem Verpflichtungswillen der Parteien gar nicht reden kann.

IV. Es wird auch geltend gemacht, durch Gewährung des Anspruchs auf den Ersatzvorteil an den Eigentümer gegen den unbefangenen Besitzer würde der § 687 I BGB. umgangen [9]). Dieser bestimme ausdrücklich, daß in diesem Fall keine Geschäftsführung vorliege, und der Besitzer das Erlangte nicht herauszugeben brauche. Es könne doch nicht der Sinn des § 281 sein, dem Eigentümer zuzusprechen, was ihm eine andere gesetzliche Vorschrift ausdrücklich versage. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Geschäftsführung weitergehende Ansprüche gewährt als § 281, daß also durch § 281 nicht gerade das gewährt wird, was § 687 I verwehrt. Auch stellt eben § 687 I nur fest, daß keine Geschäftsführung vorliegt, da dieser der Wille, ein fremdes Geschäft zu führen, eigentümlich ist. Daß der Eigentümer den Erlös auch nicht anderweit erhalten solle, bestimmt § 687 I nicht.

Die Behauptung, § 281 passe nicht auf unseren Tatbestand, läßt sich daher nicht wirksam aufrechterhalten. Im Gegenteil,

---

[7]) Wenzel S. 53.

[8]) So RGZ. 115, 31 ff.; Wedemeyer, JW. 1926, 2775; Titze, JW. 1928, 2016. Dagegen Dölle S. 25; Heck § 34, 4; Bernhardt S. 21 ff.; Lewinsky S. 16; Plath S. 91 ff.

[9]) So Lewinsky S. 36.

durch seine Verfügung über die fremde Sache ist dem Veräußerer ein Wert zugeflossen, der ihm auf Grund von Beziehungen zum Eigentümer nicht gebührt. Der Rechtsgedanke des § 281 trifft daher auf den behandelten Fall zu.

D.

§ 9. Heranziehung des § 281 durch die Billigkeit erfordert.

I. Der Prüfstein für die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses ist die Billigkeit. Denn alle juristischen Darlegungen haben doch nur Sinn, wenn sie zu einem billigen Urteil führen. Die Meinungen gehen darüber auseinander, ob es billig sei, dem Eigentümer den Anspruch auf den Erlös zu geben, den der unbefangene Besitzer durch Veräußerung der gestohlenen Sache erzielt hat. Es wird dagegen angeführt, der Eigentümer könnte auf diese Weise unter Umständen mehr erlangen, als der Wert der ihm gestohlenen Sache betrage. Es sei unbillig, ihm den Gewinn zuzusprechen, den der Veräußerer durch seine Geschäftstüchtigkeit erzielt habe. Andererseits lasse aber § 281 einen Abzug des Geschäftsgewinns nicht zu[1]). Nun wird sich jedoch schwer feststellen lassen, ob der Eigentümer mit der betreffenden Sache nicht den gleichen Gewinn gemacht haben würde[2]). Auch wird der Erlös häufig weniger als den Wert der Sache betragen. In diesem Falle muß sich der Eigentümer auch mit dem Erlangten begnügen. Der Veräußerer braucht den Wert nicht zu ersetzen, sonst würde § 281 zum Schadensersatzanspruch werden.

Sodann ist nicht einzusehen, warum der Besitzer durch die Veräußerung einer fremden Sache einen Vorteil sollte erlangen können[3]). Wäre die Sache ihm dinglich abverlangt worden, so stände er nicht besser da wie nach Herausgabe des Erlöses, der die Sache ersetzt, an ihre Stelle tritt. Denn hinsichtlich des Rückgriffs nach § 440 II muß die Herausgabe des Erlöses der Herausgabe der Sache an den Eigentümer gleichgestellt werden[4]). Die widerrechtliche Veräußerung darf die Lage des besitzenden Nichteigentümers nicht verbessern. Da nämlich der gutgläubige Er-

[1]) Walsmann, JW. 1926, 1244; Schwarz S. 22; Wenzel S. 58.
[2]) Plath S. 91; Dölle S. 28.
[3]) Plath S. 91; Bernhardt S. 19; Schulz S. 339.
[4]) Dölle S. 28.

werber später nur durch Erlangung der Kenntnis seines mangelnden Eigentums befangen wird, würde jeder, der die Herkunft einer in seinem Besitz befindlichen Sache aus einem Diebstahl nur vermutet, diese möglichst schnell veräußern, um sich dem Herausgabeanspruch zu entziehen und sich den Wert der Sache zu sichern [5]).

II. Man hat es auch als erfreulich bezeichnet, daß der Eigentümer unter mehreren unbefangenen Veräußerern sich den heraussuchen könne, der die Sache am besten verkauft habe [6]). Auch bedeute es eine große Verkehrsunsicherheit, wenn jemand lange nach dem Verkaufe einer, wie er glaubt, eigenen Sache plötzlich auf den Erlös verklagt werden könnte. Das hieße die Rechte des Eigentümers unbillig zu Lasten der Verkehrssicherheit und der gutgläubigen Erwerber mehren [7]). Es ist nicht zu verkennen, daß sich zwei Interessenkreise gegenüberstehen: der des bestohlenen Eigentümers und derjenige der auf den Rechtsschein vertrauenden Allgemeinheit. Man könnte auch darüber streiten, welcher von beiden Schutz verdiene, hätte nicht das BGB. diesen Streit bereits entschieden. In § 935 erklärt dieses eben die Rechte des bestohlenen Eigentümers für schützenswerter. Ihm soll aus dem Diebstahl nach Möglichkeit kein Schaden erwachsen [8]). Da dieser Satz einmal gilt, bedeutet es keine Erhöhung der Verkehrsunsicherheit, wenn man ihn folgerichtig anwendet [9]). Sucht man die Folgerungen aus § 935 abzuwehren, so schafft man nur Unklarheiten, Ausnahmen von der Ausnahme des § 935. Daher entspricht es durchaus dem Gesetz, wenn der Eigentümer wählen kann, welchen aus der Kette der Veräußerer er auf die Herausgabe des Erlöses verklagen will. Zudem wird die Reihe der Entwehrungsrückgriffe gekürzt und damit die Verkehrsunsicherheit gemindert, wenn der Eigentümer unter mehreren Veräußerern einen der ersten auf den Erlös verklagt, anstatt die Sache von dem letzten Besitzer dinglich herauszuverlangen. Letzten Endes bleibt der Schaden an dem Dieb haften, oder falls dieser vermögenslos ist, an dessen Abkäufer, der nicht selten fahrlässig gehandelt haben wird. Dieses Ergebnis ist billig und entspricht der Interesseneinschätzung des Gesetzes.

---

[5]) Leonhard, Schuldrecht II S. 510 ff.
[6]) Walsmann, JW. 1926, 1244; Weiser S. 52 ff.; Bernhardt S. 21 ff.
[7]) Lewinsky S. 26; Oertmann § 281, 8.
[8]) Zustimmend Bernhardt S. 20.
[9]) Dölle S. 28.

E.

§ 10. Die Geltendmachung des Anspruchs auf den Ersatzvorteil und der Schutz des Ersatzschuldners bei dinglicher Rückforderung der Sache oder bei wiederholter Forderung des Ersatzes durch den Eigentümer.

I. Man hat gegen die Anwendung des § 281 aber vor allem eingewandt, sie könne zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Eigentümers führen[1]), den unbefangenen Verfüger dagegen unbillig belasten. Habe nämlich der Eigentümer den Ersatzvorteil nach § 281 erhalten, so sei ihm doch immer noch der dingliche Herausgabeanspruch des § 985 verblieben. Würde er dann mit diesem die Sache von dem gegenwärtigen Besitzer herausverlangen, so müsse der Verfüger, der schon den Ersatz herausgegeben habe, außerdem noch den Entwehrungsrückgriff seines Nachmannes befriedigen. Dieser Einwand scheint im ersten Augenblick schlagend, und es kostet einige Mühe, ihn in jeder Hinsicht zufriedenstellend zu widerlegen. Man hat vorgeschlagen, zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse solle der Eigentümer den Anspruch auf den Ersatzvorteil nur Zug um Zug gegen Abtretung seines dinglichen Herausgabeanspruchs geltend machen können. § 255 müsse entsprechende Anwendung finden[2]). Der Veräußerer brauche den Regreß seines Nachmannes dann nicht mehr zu fürchten. Will man die entsprechende Anwendbarkeit des § 255 bejahen, so muß man es für alle Fälle tun, in denen § 281 zur Ergänzung des dinglichen Herausgabeanspruches herangezogen werden kann. Bei Prüfung der Frage, ob diese Heranziehung erfolgen kann, wird man allerdings zweckmäßig nacheinander zwei Gruppen von Fällen erörtern.

Da Besitzverlust und Erlangung eines Ersatzes die Voraussetzungen des § 281 sind, steht der Anspruch auf den Ersatzvorteil dem Eigentümer auch in den Fällen zu, in denen er seinen dinglichen Anspruch gegen den neuen Besitzer wirksam geltend machen kann. In diesen Fällen wird er jedoch selten den Ersatzvorteil statt der Sache verlangen. Tut er es doch, so bringt er damit zum Ausdruck, daß ihm der Ersatz ebensoviel wert ist wie die Sache, mithin, daß er für deren Verlust völlig entschädigt wird. Der Zustand

---

[1]) Vgl. Plath S. 93.
[2]) Plath S. 93 ff.

nach Erlangung des Ersatzes wird von dem Berechtigten dem des Habens der Sache als mindestens gleichwertig erachtet. Die Wirkung, die die Herausgabe des Ersatzvorteils hat, ist also die der Herstellung eines dem ursprünglichen gleichzuachtenden Zustandes, also die des Schadensersatzes. Daher scheint es durchaus angemessen, in diesen Fällen von dem Eigentümer Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, wenn nicht gar Übertragung des Eigentums gegen Auszahlung des Ersatzvorteils zu verlangen. Will er dies nicht, so mag er seine Sache dinglich zurückfordern. In diesem Falle ist es billig, daß der Eigentümer sich entscheidet, welchen Anspruch er geltend machen will, und somit eine endgültige Regelung herbeiführt. Eine entsprechende Anwendung des § 255 erscheint wegen der Ähnlichkeit mit dem Falle der Schadensersatzleistung möglich.

II. Weit größere Bedeutung hat jedoch die Anwendung des § 281 in einer zweiten Gruppe von Fällen, und es war gerade für diese, daß wir die Anwendung des § 281 als notwendig bezeichnet und deshalb ihre Zulässigkeit geprüft hatten. Es sind dies die Fälle, in denen infolge der Verfügung des Nichtberechtigten die gestohlene Sache in unbekannte Hände gelangt ist. Entspricht in diesen Fällen der Ersatzvorteil dem Werte, den die Sache für den Eigentümer hatte, so bestehen keine Bedenken, den Eigentümer vor die Entscheidung zu stellen, ob er die Sache oder den Ersatz verlangen will. Häufig wird es jedoch vorkommen, daß der erlangte Erlös nur einen recht geringwertigen Ersatz bildet. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein gestohlener Kunstgegenstand in Verkennung seines wahren Wertes zu einem viel zu geringen Preis veräußert wird [3]); oder wenn die gestohlenen Sachen für den Eigentümer einen besonderen persönlichen Wert haben [4]), vielleicht unersetzlich sind, was in dem Kaufpreis nicht zum Ausdruck kommen konnte. In diesen Fällen muß dem Eigentümer die Möglichkeit offen bleiben, seine Sachen, wenn sie wieder auftauchen, vom Besitzer herauszuverlangen. Andererseits ist es unbillig, ihm den vom nichtberechtigten Veräußerer erzielten Erlös vorzuenthalten, der ihm doch einen gewissen Ersatz gewähren würde, nur weil die entfernte Möglichkeit besteht, daß er seine Sachen wiedererlangen könnte. Es ist daher zu prüfen, ob die entsprechende Anwendung des § 255 den Eigentümer vor diese unbillige Entscheidung stellen wird; falls ja, kann er nicht herangezogen werden.

---

[3]) Vgl. Beispiel bei Heck S. 426.
[4]) Leonhard, Schuldrecht I S. 213.

Die Beantwortung der Frage hängt teilweise davon ab, wie man den § 255 auslegt, vor allem, welche Wirkung man der Abtretung des Herausgabeanspruchs beimißt. Hierüber herrscht Streit. Die eine Meinung geht dahin, in der Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs liege notwendig auch die Übertragung des Eigentums selbst gemäß § 931 BGB.[5]), oder zumindest könne der Ersatzpflichtige die Übertragung des Rechts verlangen[6]). Träger des allwirksamen dinglichen Rechts und des aus diesem fließenden dinglichen Anspruchs dürften nicht längere Zeit verschiedene Personen sein. Es müsse vielmehr das Eigentum auf den Ersatzpflichtigen übergehen und somit eine endgültige Rechtslage herbeigeführt werden. Erlange der frühere Eigentümer zufällig seine Sache wieder, so könne er sie nicht gegen Rückgabe des erhaltenen Schadensersatzes behalten, sondern müsse sie dem Ersatzpflichtigen herausgeben, der nunmehr Eigentümer sei[7]). Noch weniger könne der Ersatzberechtigte die Sache von dem Ersatzpflichtigen, wenn dieser in ihren Besitz gelange, gegen Rückgabe des Schadensersatzes herausverlangen. Diese Auffassung ist unbillig, da sie den schuldigen Schadensersatzpflichtigen mehr schützt als den unschuldigen Ersatzberechtigten. Dieser kann ein großes Interesse daran haben, die Sache selbst wiederzuerhalten. Deshalb muß er sie von dem Ersatzpflichtigen herausfordern können, wenn dieser sie auf Grund des ihm abgetretenen dinglichen Herausgabeanspruchs erlangt hat. Und dies Recht hat der Ersatzberechtigte auch, denn er ist Eigentümer geblieben[8]). Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von einer Abtretung des Herausgabeanspruchs. Soll das Eigentum auf den Ersatzpflichtigen übergehen, so muß noch die Einigung hinzukommen, denn die Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt gemäß § 931 nur die Übergabe. Für diese Auffassung, daß durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs keine abschließende Regelung der Rechtslage geschaffen werde, spricht zudem auch die Geschichte[9]).

Es fragt sich nun, ob bei dieser Auslegung des § 255 seine

---

[5]) Enneccerus-Lehmann § 13 II Anm. 16; Kipp zu Windscheid § 258 Anm. 7; Dernburg, Bürgerl. Recht § 34 S. 81; Fischer, Schaden S. 255; Horn S. 100.

[6]) Kreß S. 291; Planck zu § 255, 3.

[7]) Vgl. Kipp a. a. O.

[8]) So Leonhard, Schuldrecht § 93 S. 210 ff.; Schollmeyer § 255, 3; Schmidt a. a. O. S. 1 ff.; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 300; Rümelin, KritVShr. 1904, 189 ff.

[9]) Ausführlich Kappesser, HansRZ. 1926 Sp. 121 ff.

entsprechende Anwendung auf den Ersatzvorteil gerechtfertigt ist. Die Rechtslage muß ähnlich und das Ergebnis billig sein.

Tritt der Eigentümer gegen Herausgabe des Ersatzvorteils den dinglichen Herausgabeanspruch ab, so verliert er damit noch nicht alle Aussicht auf Wiedererlangung der Sache. Er bleibt ihr Eigentümer. Kommt sie in die Hände des Ersatzschuldners, so kann er sie ihm gegen Rückgabe des Ersatzes abnehmen. Auch kann er sie unter Rückgabe des Ersatzvorteils behalten, wenn er sie selbst zufällig wiedererlangt[10]). Ein großer Unterschied zwischen dem Schadensersatzschuldner und dem Schuldner des Ersatzvorteils liegt jedoch darin, daß jener ein eigenes großes Interesse daran hat, mittels des abgetretenen Herausgabeanspruchs die Sache wiederherbeizuschaffen, dieser jedoch gar keines. Dem Schadensersatzpflichtigen kommt die Erlangung der Sache zugute. Entweder kann er sie selbst behalten, wenn der Eigentümer sie nicht mehr annimmt[11]), oder aber er erhält den geleisteten Schadensersatz gegen Hingabe der Sache zurück. Der nach § 281 zur Herausgabe des Ersatzes Verpflichtete wird sich jedoch hüten, dem gegenwärtigen Besitzer die Sache abzuverlangen. Dieser ist sein Abkäufer oder dessen Nachmann. Macht er den abgetretenen dinglichen Herausgabeanspruch geltend, so setzt er dadurch einen Entwehrungsrückgriff in Gang, der letzten Endes ihn selbst trifft. Die Erlangung der Sache bringt ihm daher keinen Vorteil. Im Gegenteil, er läuft Gefahr, daß der Eigentümer die Sache nicht mehr haben will. Dann muß er den Rückgriff seines Nachmannes befriedigen und behält dafür die Sache, die für ihn vielleicht keinen großen Wert hat. Tritt daher der Eigentümer seinen Eigentumsherausgabeanspruch an den Schuldner des Ersatzvorteils ab, so wird dieser den abgetretenen Anspruch niemals geltend machen, so daß der Eigentümer seine Sache nicht wiedererhält. Daran war ihm aber doch gerade gelegen.

III. Der dem § 255 zugrundeliegende Rechtsgedanke kann sich in diesem Falle gar nicht auswirken. Die herrschende Auffassung bezeichnet als Zweck der Vorschrift des § 255, eine Bereicherung des Ersatzberechtigten zu verhüten[12]). Ihm solle nicht neben dem Schadensersatz noch die dingliche Rechtsstellung verbleiben. Dabei wird nicht beachtet, daß in dem Augenblick, in dem er diesen dinglichen Anspruch verwirklicht, sein Schaden ent-

---

[10]) Schollmeyer zu § 255, 3; Oertmann a. a. O.; Leonhard a. a. O.

[11]) Oertmann a. a. O. S. 300 ff.; Leonhard a. a. O. S. 214.

[12]) Kreß S. 291; Horn S. 54; Fischer a. a. O. S. 255.

fällt und er zur Rückgabe des erlangten Schadensersatzes verpflichtet ist. Die Bereicherung gleicht sich also aus, ohne daß es dazu der Bestimmung des § 255 bedarf. Richtig hat man vielmehr die Aufgabe des § 255 dahingehend erkannt[13]), eine Bereicherung des dritten Schädigers zu vermeiden. Hat A dem B eine Sache geliehen, und wird dem B diese infolge seiner Fahrlässigkeit gestohlen, so soll durch § 255 vermieden werden, daß C im ungestörten Besitz der gestohlenen Sache bleibt. Denn da der Dieb meist schwer festzustellen und oft vermögenslos ist, wird sich A an B schadlos halten. Erhielte B nicht den dinglichen Anspruch des A, so würde C unbehelligt die gestohlene Sache behalten. Dies wäre unbillig gegenüber B, diesem wird daher durch § 255 die Möglichkeit gegeben, dem Dieb seine Bereicherung abzunehmen. In den Fällen, die unseren Ausführungen zugrunde liegen, ist jedoch kein Dritter vorhanden, der bereichert ist. Im Gegenteil, der Besitzer der Sache hat für sie einen Gegenwert, den Kaufpreis, hingegeben und kann Eigentumsübertragung verlangen. Läßt man ihn fühlen, daß er nicht Eigentümer ist, so macht er seinerseits von seinem Rückgriffsrecht Gebrauch. Der von § 255 vorausgesetzte Tatbestand liegt daher nicht vor. Es besteht auch keine Ähnlichkeit, die eine entsprechende Anwendung rechtfertigte. Das Ergebnis einer Anwendung dieser Bestimmung wäre zudem unerfreulich. Der Eigentümer, dem es so sehr auf die Wiedererlangung der Sache selbst ankommt, würde sich jeder Aussicht darauf berauben, wollte er gegen Erhalt des unzureichenden Ersatzes seinen dinglichen Herausgabeanspruch an den Herausgabeschuldner abtreten.

IV. Es ist daher ein anderer Weg zu finden, um eine unbillige Belastung des Herausgabeschuldners durch den Rückgriff seines Nachmannes zu vermeiden, und dieses Ergebnis ist nicht schwer herbeizuführen. Wir haben bei Widerlegung der Behauptung, § 255 wolle eine Bereicherung des Schadensersatzberechtigten vermeiden, ausgeführt, daß eine besondere Vorschrift hierzu nicht nötig sei, daß vielmehr § 812 den Ausgleich herbeiführe. Gleiches gilt für unseren Fall. Gerade weil hier nur eine Bereicherung des Berechtigten vermieden werden soll, kommt eine Heranziehung des § 255 nicht in Frage. Findet der Eigentümer seine Sache wieder, und entwehrt er sie dem Besitzer, so muß er den erhaltenen Ersatzvorteil als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben. Der Grund für die Leistung des Ersatzvorteils liegt nicht mehr vor.

---

[13]) Schmidt a. a. O. S. 28; Leonhard, Schuldrecht I, 210; teilweise ebenso Oertmann a. a. O.

Der schuldrechtliche Grund für die Herausgabe des Erlöses an den Eigentümer war das Vorhandensein des Tatbestandes von § 281. Dieser forderte einen Vorgang, der Nichterfüllung des dinglichen Herausgabeanspruchs und gleichzeitig die Erlangung des Ersatzes bewirkte. Nunmehr ist jedoch der dingliche Anspruch erfüllt. Es fragt sich nur, ob seine Befriedigung durch einen Nachfolger im Besitz auch für den früheren Besitzer wirkt. Im Schuldrecht wird ein Schuldner nicht dadurch frei, daß der Gläubiger von dritter Seite den geschuldeten Gegenstand erhält. Anderes gilt jedoch von dem dinglichen Anspruch. Der Besitzverlust bewirkt Übergang des Anspruchs auf den neuen Besitzer; der dingliche Anspruch bleibt derselbe Anspruch, gegen welche Person als Besitzer er auch gehen mag; er ist gekennzeichnet durch das allwirksame Recht, aus dem er entspringt, nicht durch den Schuldner, gegen den er geht. Die Schuldner sind immer wieder andere, jeweils durch den Besitz bestimmt. Erfüllt zu werden braucht der Anspruch jedoch nur einmal. Daher kommt die Befriedigung durch einen späteren Besitzer dem früheren zugute. Der dingliche Gläubiger erhält nicht auf anderem Wege, was ihm der frühere Besitzer geschuldet hat, sondern es ist gerade der Anspruch, der gegen diesen ging, der nunmehr erfüllt ist. Da der Tatbestand des § 281 Nichterfüllung des dinglichen Anspruchs verlangte, ist er daher nachträglich entfallen. Damit ist die Leistung des Ersatzvorteils nicht mehr schuldrechtlich gerechtfertigt und unterliegt der Rückforderung nach § 812 I, 2.

Der Veräußerer braucht auch nicht zu fürchten, diesen Bereicherungsanspruch nicht verwirklichen zu können. Der Eigentümer hatte die Wiedererlangung der Sache und damit den Fortfall des Schuldgrundes für die Leistung des Ersatzes als möglich angesehen. Gerade darum hatte er sich seinen dinglichen Anspruch erhalten. Es gilt für seine Haftung daher § 820 I, 2[14]). Er kann sich nicht auf den Wegfall seiner Bereicherung berufen. So trifft den unbefangenen Veräußerer keine unbillige Belastung. Die Rückgriffsforderung seines Nachmannes gleicht er durch den Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer aus. Den von ihm selbst gezahlten Kaufpreis hat er von seinem Vormann auf dem Wege des Rückgriffs bereits wiedererhalten. Die Lösung ist billig. Gerade für die Dauer, für die dem Eigentümer die Ausübung seines Eigentums entzogen ist, bleibt der Ersatzvorteil in seinem Vermögen und füllt damit bis zu einem gewissen Grade die entstandene Lücke aus.

[14]) Vgl. Schwarz S. 49 ff.

F.

§ 11. Umfang der Haftung des Ersatzschuldners.

Unbilligkeiten könnten entstehen durch unrichtige Behandlung des Anspruchs auf Ersatzherausgabe. Er ist nicht ein Bereicherungsanspruch, der auf Herausgabe dessen geht, was noch vorhanden ist, sondern ein Anspruch auf Verschaffung des einmal Erlangten[1]). Die §§ 275 ff., auch wieder der § 281, finden auf ihn Anwendung. Im einzelnen ist zur Bestimmung seines Inhaltes das Schuldverhältnis heranzuziehen, aus dem er hervorgegangen ist[2]). Der unbefangene Besitzer konnte die fremde Sache zerstören und beschädigen, ohne sich ersatzpflichtig zu machen. Er konnte dies, da er nicht wußte, daß er eine fremde Sache besaß, ihm somit das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit fehlte. Ebensowenig weiß er aber, daß er zur Herausgabe des Erlöses aus der Veräußerung der Sache verpflichtet ist. Er glaubte, seine eigene Sache zu veräußern. Mangels Kenntnis seiner Verpflichtung kann er sie daher auch nicht schuldhaft verletzen. Vernichtet oder zerstört er daher den erlangten Ersatz, so ist er dafür nicht haftbar, da ihn kein Verschulden trifft. Erst wenn er erfährt (§ 990), daß er eine fremde Sache veräußert hat, kann er schuldhaft die Herausgabe des Ersatzes vereiteln und sich schadensersatzpflichtig machen. So bleibt der alte Haftungsmaßstab über die Veräußerung hinweg erhalten[3]), und es zeigt sich, daß der schuldrechtliche Anspruch auf den Ersatzvorteil nur der umgewandelte dingliche Herausgabeanspruch ist. Eine unbillige Belastung des unbefangenen Besitzers kann infolgedessen nicht eintreten.

Wir kommen daher zu folgendem Ergebnis: § 281 ist auf den dinglichen Herausgabeanspruch entsprechend anwendbar. Unmittelbar liegt der Tatbestand des § 281 nicht vor, da er Unmöglichkeit verlangt, die begrifflich im Bereiche des Eigentumsherausgabeanspruchs nicht verwendbar ist. Die entsprechende Anwendung ist geboten, da ihr keine begrifflichen Bedenken entgegenstehen, der Rechtsgedanke des § 281 und die aus dem § 935 entnommenen Billigkeitserwägungen sie fordern[4]).

---

[1]) Leonhard, Schuldrecht I S. 478; Haymann, JherJb. 77 S. 290; Plath S. 94 ff.

[2]) Leonhard a. a. O.; Schwarz S. 15.

[3]) Ähnlich Schulz S. 14.

[4]) So Plath S. 91; Siber S. 115; Heck § 34, 4; Kipp, Rechtsverletzung. a. a. O. S. 27; Wolff § 84 VI. And. M. RGZ. 115, 31; OLG. Hamburg a. a. O.; Weiser S. 52; Plath S. 16; Enneccerus-Lehmann § 46, 2 u. a.

Dritter Teil.

Lösung auf dem Wege über § 816 I, 1 BGB.

A. § 816 I, 1 anwendbar, wenn Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten durch Genehmigung des Berechtigten herbeigeführt?

I.

§ 12. Erläuterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 816.

Als zweiter Weg, auf dem der Eigentümer zu dem durch den unbefangenen Besitzer erzielten Erlös gelangen könnte, kommt der über § 816 BGB. in Frage. Doch sind auch hier wieder die Meinungen geteilt, ob er gangbar sei. Es werden die gleichen Billigkeitserwägungen dagegen geltend gemacht, die wir schon im zweiten Teil der Arbeit zurückweisen mußten. Aber es wird auch behauptet, der Zweck und Sinn des § 816 spreche gegen eine Anwendung auf den fraglichen Tatbestand. — Die Befürworter der Anwendbarkeit gelangen in der Mehrzahl zu ihr, indem sie die in § 816 erforderte Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten herbeiführen im Wege ihrer Genehmigung (§ 185 BGB.) durch den Berechtigten. Unsere Frage geht also dahin: Ist § 816 nicht nur anwendbar, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten auf Grund der Vorschriften über Vertrauensschutz gegenüber dem Berechtigten wirksam ist, sondern auch dann, wenn der Berechtigte selbst die Verfügung durch Genehmigung wirksam macht?

Die Anwendung des § 816 ist an drei Tatsachen als Voraussetzungen geknüpft. Es muß eine Verfügung stattgefunden haben. Diese muß dem Eigentümer gegenüber wirksam und von einem Nichtberechtigten vorgenommen sein. Zu Beginn der Auslegung sei kurz erläutert, was unter „Verfügung, Wirksamkeit und Nichtberechtigtem" zu verstehen ist.

1. Das Gesetz gibt keine Bestimmung des Begriffs Verfügung, obwohl es ihn immer wieder gebraucht. Über das Wesen der Verfügung herrscht jedoch kein Streit; sie fällt unter die Rechtsgeschäfte und bezeichnet eine besondere Gruppe unter diesen. Vielfach kennzeichnet man die Verfügung dahin, sie sei ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, be-

lastet oder aufgehoben würde[1]). Diese Fassung scheint nicht gut, da auch durch einen schuldrechtlichen Vertrag, der sicher keine Verfügung ist, unmittelbare Rechtsänderungen hervorgerufen werden. Es kommt nicht darauf an, wie die Rechtsänderung eintritt, sondern darauf, welche herbeigeführt wird. Und da bezeichnet die Verfügung die dingliche; sie ist das dingliche Rechtsgeschäft, und zwar insoweit, als es ein Opfer enthält[2]). Denn von Verfügung spricht man nur bei der Veräußerung, Belastung oder Aufgabe eines dinglichen Rechts, nicht bei dem Erwerbe. In unserem Tatbestand liegt ein Veräußerungs-, also ein Übertragungsgeschäft.

2. Das Gesetz erläutert auch nicht, was es unter Wirksamkeit versteht. Der Begriff des Wirkens hat in der Lehre von der Verursachung eine große Rolle gespielt[3]). Unter Wirksamkeit wurde die Fähigkeit verstanden, gewisse Folgen hervorzurufen. Nun wird jedoch ein Erfolg in seiner bestimmten Gestalt niemals durch eine Ursache „bewirkt". Vielmehr wird er durch viele Umstände gestaltet. Insofern ist der Begriff des Bewirkens in der Lehre von der Kausalität nicht recht brauchbar. In § 816 bezeichnet jedoch das Wort „wirksam" eine Frage von Ursache und Folge[4]). Eine Verfügung ist dem Berechtigten gegenüber wirksam, wenn die Folgen der Verfügung, nämlich die Aufopferung eines Rechts, im Vermögen des Berechtigten eintreten. Die Verfügung des Nichtberechtigten muß Ursache des durch den Inhalt der Verfügung bestimmten Rechtsverlustes des Berechtigten sein. Dabei ist unter Ursache nicht jede Bedingung zu verstehen, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre. Vielmehr ist Ursache nur diejenige Bedingung, die erfahrungsgemäß zu diesem Erfolg führen mußte, also diejenige, aus der sich der eingetretene Erfolg erklärt[5]). Eine Verfügung ist daher wirksam gegenüber dem Berechtigten, wenn sich aus ihr der Rechtsverlust des Berechtigten erklärt.

3. Das Wort „Nichtberechtigter" hat eine doppelte Bedeutung. Es bezeichnet einmal denjenigen, der im Namen eines anderen auftritt, ohne hierzu Vollmacht zu haben. Es kann — und in unserem Falle muß darunter eine Person verstanden werden, die im eigenen Namen Machtbefugnisse ausübt, die ihr nicht zustehen. Nichtberechtigt im Sinne des § 816 ist also derjenige, der über ein Recht verfügt, ohne Verfügungsmacht darüber zu haben[6]).

[1]) Enneccerus § 134 I.
[2]) Leonhard, Lehrbuch S. 41.
[3]) Enneccerus § 235 und Kommentare vor §§ 249 ff.
[4]) Rieß S. 20; Bernhardt S. 36 ff.; Weiser S. 20.
[5]) Leonhard, Schuldrecht I S. 162.
[6]) Vgl. Weiser S. 16 ff.; Bernhardt S. 36.

II.

§ 13. Wortsinn des § 816 für dessen Anwendbarkeit.

1. Die Gegner der Anwendbarkeit des § 816 berufen sich auf den Wortlaut der Bestimmung. § 816 spreche von einer Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam „ist". Die Verfügung des Nichtberechtigten über eine gestohlene Sache sei jedoch niemals wirksam, sondern könne es höchstens infolge der Genehmigung werden. In § 185 BGB. unterscheide das Gesetz scharf zwischen einer Verfügung, die im Augenblick ihrer Vornahme wirksam ist, und einer solchen, die es erst nachträglich durch ein hinzutretendes Ereignis wird. Dieser Sprachgebrauch trete auch in § 816 in Erscheinung[1]). § 816 verlange eine „unitas temporis" zwischen Verfügungsvornahme und Verfügungswirksamkeit[2]). Er finde nur Anwendung bei „an sich" wirksamen Verfügungen[3]). — Nun ist es immer bedenklich, bei der Auslegung zu eng am Wortlaut zu haften. So folgerichtig ist der Sprachgebrauch des BGB. nicht, daß er stets demselben Wort auch den gleichen Sinn beilegt, vor allem nicht, falls es sich nicht um einen rein juristischen Begriff handelt. Im vorliegenden Fall ist aber erst recht aus dem Wortlaut nichts gegen die Anwendbarkeit des § 816 zu entnehmen. Von einer unitas temporis zwischen Vornahme und Wirksamkeit der Verfügung steht nichts im Gesetz. Eine Verfügung, die wirksam ist, kann es gleich mit der Vornahme oder auch nachträglich geworden sein. Die Worte „wirksam ist" enthalten einen Oberbegriff für diese beiden Arten wirksamer Verfügungen[4]). Selbst wenn man aber die von vornherein wirksame und die später wirksam gewordene Verfügung nicht gleichstellen könnte, würde daraus keine Schwierigkeit erwachsen. Denn das Gesetz mißt in § 184 I der Genehmigung rückwirkende Kraft zu. Nach erfolgter Genehmigung soll die Verfügung wie eine im Augenblick der Vornahme wirksame angesehen werden[5]). Damit erfolgt hinsichtlich des Zeitpunkts der Wirksamkeit eine ausdrückliche Gleichstellung. Ferner findet § 816 unbestritten Anwendung auf die wirksame Übereignung durch Einigung und Besitzvereinbarung (§ 930 BGB.). Hier

---

[1]) So Rieß S. 23; Weiser S. 32; Haymann, JherJb. 77, 276 ff.; Olshausen a. a. O. S. 436.

[2]) So Rieß S. 23.

[3]) Prot. V S. 712.

[4]) Bernhardt S. 40; Simon S. 70.

[5]) Bernhardt S. 40; Dölle S. 31; Planck zu § 816, 3; Enneccerus-Lehmann § 222 I.

folgt die Wirksamkeit der Vornahme der Verfügung jedoch auch nach. Denn sie tritt erst ein mit der Übergabe der Sache[6]) (§ 933 BGB.). Der Ausdruck „wirksam ist" spricht somit nicht gegen, sondern für die Anwendbarkeit des § 816.

2. Andere überspannen den Begriff der Rückwirkung und behaupten, der Verfügende sei nicht „Nichtberechtigter" gewesen, da er wirksam wie ein Berechtigter habe verfügen können. Nun erhellt aus § 185, daß man auch sehr wohl denjenigen als Nichtberechtigten bezeichnen kann, dessen Verfügung mit rückwirkender Kraft wirksam wird. Zwar liegt der Grund dafür nicht darin, daß er nur verfügen kann, aber nicht darf[7]). Wir hatten gesehen, daß für die Frage: Nichtberechtigter oder Berechtigter, nur das Können, die Verfügungsgewalt, maßgebend ist. Diese fehlt ihm jedoch zur Zeit der Vornahme der Verfügung. Sie wird ihm auch durch die Genehmigung nicht noch nachträglich verliehen. Bis zum Augenblick der Genehmigung blieb seine Verfügung unwirksam, erst durch Hinzutreten der Genehmigung wird sie wirksam. Die Genehmigung ruft die Rechtsänderung mit hervor, nicht etwa deckt sie nur nachträglich auf[8]), was schon früher geschehen ist. Die Rückwirkung ist eine Fiktion[9]). Was nicht vorhanden ist, wird als vorhanden gedacht. Daß der Verfügende tatsächlich zunächst keine Rechtsänderung bewirkt hat, daß es vielmehr nur so angesehen werden soll, als sei seine Verfügung von Anfang an wirksam gewesen, kommt durch das Wort Nichtberechtigter zum Ausdruck[10]). Es paßt daher auf unseren Tatbestand. Aus dem Wortlaut des § 816 lassen sich Einwendungen gegen seine Anwendung im Falle der genehmigten Verfügung nicht herleiten.

III.

§ 14. Auslegung des § 816 nach seinem geschichtlichen Zusammenhang.

1. Weitere Anhaltspunkte für die Auslegung des § 816 suchen wir seinem geschichtlichen Zusammenhang zu entnehmen. Im

[6]) Ewald, Jur.Rundsch. 1926, 721.
[7]) wie Dölle S. 32 meint.
[8]) So Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 249; Lehrbuch § 79, 2; Karlowa S. 11; Fitting, Rückziehung S. 119.
[9]) Hellwig, Rückwirkung S. 6 ff.; Seuffert a. a. O. S. 71; v. Tuhr 1. Hälfte S. 21 ff.; Staudinger-Riezler zu § 184, 3; Planck-Flad zu § 108, 4; § 184, 1.
[10]) Enneccerus-Lehmann § 222 I; Leonhard, Schuldrecht II S. 510; Schwarz S. 31; Simon S. 70; Bernhardt S. 32.

römisch-gemeinen Recht[1]) waren die Fälle der wirksamen Veräußerung einer fremden Sache selten, da der gute Glaube nicht geschützt wurde. So kommt es, daß nur einzelne Sonderfälle in den Digesten behandelt sind[2]), und daß über die aus diesen Fällen abzuleitende Regel heftiger Streit unter den gemeinrechtlichen Juristen herrschte. Die Klage gegen den gutgläubigen Veräußerer wurde als actio negotiorum gestorum bezeichnet. Dies paßte für das gemeine Recht ebensowenig wie für das heutige. Denn beide verlangen für das Vorliegen einer Geschäftsführung das Bewußtsein, ein fremdes Geschäft zu führen. Hellwig[3]) sah daher auch in der Klage gegen den gutgläubigen Veräußerer auf den Erlös eine schuldrechtliche Eigentumsschutzklage, während die herrschende Auffassung sie als eine condictio betrachtete[4]). Diese condictio war nur nach Untergang der rei vindicatio gegeben. Solange dem Käufer die verkaufte Sache entwehrt werden konnte, war der Veräußerer seinem Rückgriff ausgesetzt[5]). Seine Bereicherung, die er durch die Veräußerung der fremden Sache erworben hatte, war daher noch keine sichere, endgültige.

Einen immer wieder erneuten Streit führten Jhering[6]) und Windscheid[7]) über die Frage, ob diese condictio nur gegen den untitulierten oder gegen jeden Besitzer ginge. Jhering wollte die condictio nur gegen den untitulierten zulassen. Die drei Voraussetzungen der condictio, nämlich: eine Bereicherung, die ungerechtfertigt und auf Kosten des Berechtigten stattgefunden haben müsse, lägen bei dem titulierten Besitzer nicht vor[8]). Es wäre unbillig, ihn in Anspruch zu nehmen, da die Herausgabe des Erlöses nicht die Voraussetzung für einen Eviktionsrückgriff bilde[9]). Demgegenüber machte Windscheid mit Recht geltend, daß eine Bereicherung beim untitulierten Besitzer ebensowenig vorliege[10]), daß er aber ebensosehr Schutz verdiene wie der titulierte, wenn er etwa auf Grund eines vermeintlichen Titels besessen habe. Wind-

---

[1]) Vgl. zum folgenden Bernhardt S. 31ff.; Weiser S. 2f.
[2]) Vgl. D. 12, 1, 23 und D. 3, 5, 49.
[3]) Haftung des gutgläubigen Besitzers S. 26, S. 54.
[4]) Jhering, JherJb. 16, 285; Windscheid-Kipp S. 874; Dernburg Pand. § 225, 5; Freund S. 1ff.
[5]) Vgl. Haymann, JherJb. 77, 277; Hellwig S. 54; Bernhardt S. 32.
[6]) Vgl. Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 78—85, JherJb. 16, 285ff.
[7]) Leipziger Programm 1878; Lehrbuch § 422.
[8]) JherJb. 16, 286.
[9]) JherJb. 16, 292.
[10]) Freund a. a. O. S. 4.

scheid hielt die Interessen des Eigentümers für schützenswerter, Jhering die des Erwerbers[11]). Von diesen verschiedenen Ausgangspunkten herkommend, konnten sich beide nicht einigen. Richtiger erscheint die herrschende Auffassung Windscheids.

Auch die Frage, ob der Untergang der rei vindicatio, den die condictio voraussetzte, gegen den Willen des Eigentümers erfolgt sein müsse, oder ob dieser sein Eigentum auch freiwillig aufgeben könne, wurde im gemeinen Recht erörtert. War das Erlöschen der rei vindicatio als solches Voraussetzung der condictio, oder sollte der Veräußerer dadurch nur gegen den Rückgriff des Erwerbers geschützt werden? Im ersten Falle, den Jhering[12]) vertrat, mußte die rei vindicatio dem Eigentümer gegen seinen Willen durch Sachuntergang genommen werden. Hellwig[13]) hielt freiwillige Aufgabe der rei vindicatio durch Genehmigung der Veräußerung und Geltendmachung der condictio auf den Erlös statt ihrer für zulässig. Er konnte sich auf mehrere Quellenstellen berufen.

Das gemeine Recht bietet daher kein einheitliches Bild. Die Fragen, die wir lösen wollen, waren dort noch ungeklärter als im heutigen Recht. § 816 stammt nicht aus dem römischen Recht; er wurde vor allem nötig als Ausgleichsvorschrift zu dem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, der im engsten Anschluß an das deutsche Recht eingeführt wurde. Daß für die dem § 816 ähnliche condictio im gemeinen Recht von einer vielleicht herrschenden Ansicht vorheriger unfreiwilliger Verlust der rei vindicatio verlangt wurde, kann nicht Anlaß geben, den § 816 BGB. an die gleichen Voraussetzungen zu knüpfen[14]). Ist doch der Geltungsbereich des § 816 allgemeiner und weiter als der der gemeinrechtlichen condictio.

2. Das preußische Recht[15]) hatte unseren Fall ausdrücklich geregelt in dem § 28 I, 15 ALR. Dieser lautet: „Hat der redliche Erwerber einer fremden Sache selbige redlicherweise hinwiederum veräußert, so ist er dem Eigentümer, wenn dieser auf andere Art nicht vollständig entschädigt werden kann, den bei der Veräußerung gezogenen Vorteil zu verabfolgen gehalten." Der Anspruch ist subsidiär, setzt Verlust des dinglichen Herausgabeanspruchs voraus, oder doch, daß dieser nicht mehr zum Ziele führt. Denn

---

[11]) Vgl. Freund S. 6.
[12]) Abhandlungen S. 84.
[13]) a. a. O. S. 64 ff.
[14]) And. M. Haymann a. a. O. S. 276 ff.
[15]) Bernhardt S. 33 f.; Weiser S. 2; Freund S. 8.

auch in diesem Falle würde der Eigentümer nicht vollständig entschädigt werden. Dieser Anspruch wurde jedoch ergänzt durch eine weitreichende Geschäftsführungsklage in den §§ 228 ff. I, 13 ALR. Schließlich schützte den Eigentümer noch die allgemeine Verwendungsklage[16]) des § 262 I, 13 ALR. So fordert das preußische Recht zwar vorherigen Fortfall des Eigentumsherausgabeanspruchs für die Klage auf den Erlös aus der Veräußerung einer fremden Sache durch den unbefangenen Besitzer. Doch zeigt es klar die Notwendigkeit, den bestohlenen Eigentümer zu schützen, und gibt die Möglichkeit hierzu durch die Geschäftsführungs- und Verwendungsklage, falls § 28 I, 15 ALR. nicht anwendbar ist. Keiner dieser Ansprüche kehrt in gleicher Gestalt im BGB. wieder. Wohl aber findet sich dort der gleiche Grundgedanke: Schutz des bestohlenen Eigentümers gegenüber auch dem unbefangenen Besitzer. Dieser Schutz kann im BGB., abgesehen von § 281, jedoch nur über § 816 verwirklicht werden.

3. Endlich ist auch die Entstehungsgeschichte des § 816 in Betracht zu ziehen. Der Verfasser des ersten Entwurfs des Sachenrechtes, Johow, suchte als Anhänger Jherings, dessen Lehren Gesetz werden zu lassen. Er führte den Unterschied zwischen tituliertem und untituliertem Besitzer ein. Dies wurde aufs heftigste bekämpft. Zudem wurden mit Einführung des Schutzes Gutgläubiger weitere Ausgleichsbestimmungen notwendig, die im ersten Entwurf[17]) und zunächst auch im zweiten Entwurf[18]) jedesmal an die Bestimmung gereiht wurden, welche den gutgläubigen Erwerb vorsah. Schließlich erkannte man den gemeinsamen Grundgedanken aller dieser Vorschriften und faßte sie in § 740 a zusammen, der unverändert als § 816 im BGB. wiederkehrte. Die Tatsache, daß § 816 hervorgegangen ist aus Vorschriften, die dazu dienten, Rechtsverluste auszugleichen, die infolge gutgläubigen Erwerbs eingetreten waren, spricht dafür, daß er nur Anwendung finden kann, wenn der Eigentümer sein dingliches Recht wider Willen verloren hat. Gegen die Abhängigkeit von diesen Voraussetzungen deutet jedoch, daß § 816 durch seine Stellung im Anschluß an die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung heute einen weiteren Geltungsbereich hat. An die Stelle der einzelnen Ersatzansprüche des Eigentümers ist eine Ausgleichsvorschrift allgemeiner Art getreten[19]). So spricht die Entstehungs-

[16]) Freund a. a. O.
[17]) §§ 839, 880.
[18]) §§ 812, 850.
[19]) Freund S. 10 ff.

geschichte mehr gegen die Anwendung des § 816 auf den Fall, in dem der Eigentümer durch Genehmigung den Verlust seines Rechtes herbeiführt. Doch ist dieser Schluß aus der Entstehungsgeschichte nicht so zwingend, daß er nicht die Möglichkeit der Auslegung im entgegengesetzten Sinne zuließe.

IV.

§ 15. Anwendung des § 816 durch die ihm im Rechtssystem des BGB. zufallende Aufgabe gefordert.

1. Wesen und Zweck des § 816 werden deutlicher, wenn man ihn im Zusammenhang mit verwandten Vorschriften betrachtet und seine Stellung unter diesen klarstellt. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß er eine Zusammenfassung der Ansprüche enthält, die dem Berechtigten zum Ausgleich gegen Verluste durch den gutgläubigen Erwerb gegeben waren. § 816 ist jedoch nicht lediglich eine Sammelvorschrift dieser Bestimmungen. Durch seine Stellung wird er gekennzeichnet als Bereicherungsanspruch[1]). Freilich unterscheidet er sich von dem Bereicherungsanspruch des § 812 wesentlich und ergänzt ihn gerade dadurch. § 812 trifft die Fälle, in denen ein einwandfreies dingliches Geschäft mangels Gültigkeit der ihm zugrunde liegenden schuldrechtlichen Beziehungen ungerechtfertigt erscheint. § 816 dagegen setzt gerade einen Mangel des dinglichen Geschäftes voraus. Dieses ist zwar wirksam und gültig, doch ist es von einem Nichtberechtigten vorgenommen worden. Das der Verfügung zugrunde liegende Grundgeschäft ist dagegen fehlerfrei[2]). § 812 verlangt eine unmittelbare Vermögensverschiebung, eine Leistung aus dem Vermögen des Entreicherten in das des Bereicherten. Bei der Veräußerung einer fremden Sache findet ein solcher Übergang nicht statt. Der Erlös, das Erlangte, kommt aus dem Vermögen des dritten Erwerbers. Auf Grund dieser Verschiedenheit hat man behauptet, § 816 enthalte keinen Fall der Bereicherung[3]). Er sei vielmehr eine Vorschrift zum Schutze des Eigentümers, der sein Recht durch Erwerb gutgläubiger Dritter verliere. Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Gewiß übt § 816 den Schutz des Eigentümers aus, aber er tut dies als Bereicherungsvorschrift. Daß

---

[1]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II S. 510.
[2]) Weiser S. 16.
[3]) Schulz S. 339; Schwarz S. 63.

er sich von dem § 812 wesentlich unterscheidet, spricht nicht gegen seine Natur als Bereicherungsanspruch. Er umfaßt gerade die Fälle, die sich unter § 812 nicht bringen lassen. Wenn der unbefangene Besitzer die fremde Sache wirksam veräußert, bereichert er sich auf Kosten des Eigentümers; er zahlt aus fremder Tasche. Dies ist keine Bereicherung nach den Merkmalen von § 812 [4]), wohl aber eine solche dem wirtschaftlichen Vorgange nach. Wer etwas mit Mitteln eines andern erwirbt, hat es auf dessen Kosten erhalten. § 816 gibt daher einen Bereicherungsanspruch, der geeignet ist, Bereicherungen zum Ausgleich zu bringen, die solche im wirtschaftlichen Sinne sind, aber die besonderen Voraussetzungen des § 812, vor allem die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung, nicht enthalten [5]).

2. Gerade die Natur des § 816 als eines Bereicherungsanspruchs hat man ins Feld geführt, um die Unanwendbarkeit des § 816 auf die Veräußerung gestohlener Sachen zu beweisen [6]). Dem Eigentümer sei sein Eigentum erhalten geblieben, sein Vermögen sei nicht gemindert; geschädigt sei lediglich der Erwerber, der kein Eigentum erlangt, aber den Kaufpreis gezahlt habe. Einmal ist dagegen anzuführen, daß dem Eigentümer zwar sein Recht erhalten bleibt, daß dies aber infolge der Veräußerung häufig an Wert verliert, weil es nicht mehr oder nur unter erschwerten Umständen durchsetzbar ist. Der Eigentümer kann daher Grund haben, statt der nicht erreichbaren Sache den leicht greifbaren Erlös beanspruchen zu wollen. In dem Augenblick, in dem er genehmigt, ist aber auch die Bereicherungslage vorhanden, die von dem § 816 vorausgesetzt wird. Der Eigentümer hat sein Recht verloren, der Veräußerer hat durch Hingabe der fremden Sache den Erlös erworben, ohne noch dem Entwehrungsrückgriff seines Nachmannes ausgesetzt zu sein. Der Einwand, es sei keine Bereicherungslage vorhanden, ist also nicht stichhaltig.

3. Darauf gehen die Gegner weiter und machen geltend, es sei zwar eine Bereicherung des Veräußerers der fremden gestohlenen Sache nach der Weiterveräußerung eingetreten, diese Bereicherung sei jedoch willkürlich durch den Eigentümer herbeigeführt [7]). Dazu habe er kein Recht. Er habe den dinglichen An-

[4]) Oertmann zu § 816, 1; Kluckhohn a. a. O. S. 173.

[5]) Jung, Wesen des schuldrechtlichen Grundes, a. a. O. S. 155; v. Mayr S. 309; Enneccerus § 445; Staudinger-Engelmann § 816, 1; RGRKomm. (Lobe) § 816, 1.

[6]) Vgl. Haymann, LZ. 1930, 681 ff.

[7]) Haymann, JherJb. 77, 278; Weiser S. 32 ff.; vgl. Jaeger I, 3 zu § 46 KO.

spruch des § 985 und nur diesen geltend machen können. Diese Behauptungen laufen dem zuwider, was das Gesetz über den Schutz des Eigentümers anordnet. Gibt dieser die Sache aus der Hand, so kann ein Dritter sie gutgläubig gemäß § 932 erwerben. Den Eigentümer schützt dann § 816. Besser wird der Eigentümer gestellt, dem seine Sache gestohlen wird: er soll nichts verlieren. Er behält sein Eigentum. Der Anspruch aus § 816 ist nach der Bewertung des Gesetzes der weniger wertvolle gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des § 985. Warum sollte nun der bevorzugte bestohlene Eigentümer nicht auf sein Eigentum verzichten, sich des besonderen dinglichen Schutzes begeben und das verlangen können, was dem Eigentümer zusteht, der die Sache freiwillig aus der Hand gab? Würde man ihm dies verwehren, so käme man unter Umständen gerade zu einer Umkehrung der Stellung des bestohlenen und des freiwillig weggebenden Eigentümers. Man denke nur an die Fälle, in denen der Eigentümer seinen dinglichen Herausgabeanspruch nicht durchsetzen kann, da der Verbleib der Sache unbekannt ist. Regelmäßig ist zwar § 816 zum Schutze des bestohlenen Eigentümers nicht notwendig, da er nach § 985 vorgehen kann. Das gibt jedoch keinen Anlaß, ihn ihm dann zu versagen, wenn er danach greifen möchte. § 816 soll ungerechte Vermögensverschiebungen ausgleichen. Daß er dem bestohlenen Eigentümer nicht zugute kommen solle, liegt nicht in ihm begründet. Ebensowenig geht aus ihm hervor, daß die Bereicherungslage, die § 816 zum Ausgleich bringen will, völlig ohne Zutun des Bereicherten, gegen seinen Willen entstanden sein müsse [8]).

4. Man geht jedoch noch weiter. Der Eigentümer dürfe nicht nur nicht die Bereicherungslage herbeiführen, sondern die Genehmigung sei auch gar nicht geeignet dazu. Da § 816 ein Bereicherungsanspruch sei, müsse der Erlös ohne schuldrechtlichen Grund gegenüber dem Eigentümer der Sache erlangt sein. Die Bereicherung sei Folge der Wirksamkeit der Verfügung, da durch diese der Eigentümer sein Recht verliere. Trete die Wirksamkeit infolge der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens ein, so erfolge die Bereicherung ohne Grund. Genehmige dagegen der Eigentümer die Verfügung und führe auf diese Weise ihre Wirksamkeit herbei, so tue er dies auf Grund gewisser schuldrechtlicher Beziehungen. Die Genehmigung sei nicht abstrakt, berühre nicht

---

[8]) Vgl. Bernhardt S. 41 ff.; Schwarz S. 28; Enneccerus-Lehmann § 222 I; OLG. Dresden in OLGE. 9, 15 ff. Für das gemeine Recht Hellwig, Haftung des gutgläubigen Besitzers S. 68.

nur die dingliche Wirksamkeit, sondern begründe auch ein Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem nichtberechtigten Veräußerer, nach dem sich die Herausgabeverpflichtungen des letzteren regelten. Für einen Bereicherungsanspruch sei kein Raum mehr [9]). Regelmäßig werde der Genehmigung eine Schenkung zugrunde liegen [10]).

Diese Auffassung von der Wirkung der Genehmigung ist nicht haltbar. Ebensowenig wie etwa die Erteilung einer Vertretungsvollmacht ein Schuldverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten mit sich bringt, begründet die Genehmigung einer Verfügung ein solches zwischen Berechtigtem und nichtberechtigtem Verfüger. Die Genehmigung berührt lediglich die dingliche Wirksamkeit der Verfügung. Sie ist insofern selbst ein dingliches Rechtsgeschäft [11]). Diesem dinglichen Rechtsgeschäft kann ein Schuldverhältnis zugrunde liegen. Wird die Zustimmung zu einer Verfügung vor deren Vornahme, also in Form der Einwilligung gegeben, so wird sie sogar regelmäßig auf Grund eines Schuldverhältnisses erteilt werden. Ähnliches gilt von der Vollmacht, obgleich diese ein Schuldverhältnis auch nicht notwendig voraussetzt [12]). Daß die Genehmigung als solche aber keine Schuldbeziehungen begründen kann, geht schon daraus hervor, daß sie durch einseitige Erklärung erfolgt, während Schuldverhältnisse rechtsgeschäftlich durch Vertrag begründet werden (§ 305 BGB.). Dies gilt auch von der Schenkung. Die Genehmigung aber kann sogar auch dem Erwerber gegenüber erklärt werden, der doch gar nicht an dem Schuldverhältnis beteiligt sein würde. So ergibt sich: die Genehmigung ist abstrakt [13]). Ihre Wirkung erstreckt sich lediglich auf die Verfügung. Zwar kann ihr ein Schuldverhältnis zugrunde liegen, doch muß dieses durch Vertrag zustande kommen. Solange ein solcher nicht geschlossen wird, besteht keine Beziehung, die die Ansprüche des Genehmigenden und des nichtberechtigten Verfügers untereinander regelt. Diese bestimmen sich vielmehr nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung. Und da die Lage die gleiche ist wie im Falle der Wirksamkeit der Ver-

---

[9]) Vgl. Haymann, JherJb. 77, 278ff.; Weiser S. 25; v. Mayr S. 317; Schoeninger a. a. O. S. 185.

[10]) Rieß S. 24.

[11]) v. Tuhr II § 78 VI Anm. 201 (S. 240).

[12]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 47; Enneccerus § 171.

[13]) Dölle S. 52; Leonhard, Schuldrecht II S. 510; Enneccerus § 191 I, 5; v. Tuhr II § 78 IV; Heck S. 426; Bernhardt S. 32ff., Schwarz S. 23.

fügung infolge gutgläubigen Erwerbs, muß der § 816 Anwendung finden.

5. Allerdings hat die Genehmigung der unwirksamen Verfügung keinen Sinn, wenn die Veräußerung unentgeltlich erfolgt ist[14]). In diesem Falle würde der Erwerber zwar auch das Eigentum infolge der Genehmigung erhalten, er wäre jedoch verpflichtet, schuldrechtlich zurückzuübertragen, was er vorher dinglich herausgeben mußte. Die Lage ist auch hier wieder im Falle der Genehmigung dieselbe wie bei Wirksamkeit der Verfügung infolge Vertrauensschutzes. Auch der gemäß § 932 BGB. gutgläubig das Eigentum unentgeltlich Erwerbende muß gleich schuldrechtlich zurückgeben, was er soeben erworben hat (§ 816 I, 2). Der gutgläubige Erwerb kommt eben letzten Endes nur dem entgeltlichen Erwerber zugute. — Der Berechtigte wird eben die unentgeltliche Verfügung nicht genehmigen, da er dadurch nur die Natur, nicht den Gegenstand seines Anspruchs ändert. Ein Erlös, den er beanspruchen könnte, ist nicht vorhanden. Nicht aber kann man daraus, daß im Falle unentgeltlicher Veräußerung die Genehmigung zwecklos ist, den Schluß ziehen, sie sei bei entgeltlicher Veräußerung nicht möglich.

6. Wenn eingewandt wird, § 816 würde die Bestimmung des § 687 I umgehen[15]), so will das nicht einleuchten. Der Vorwurf würde nicht nur die Anwendung des § 816 auf den Fall der infolge Genehmigung wirksamen Veräußerung treffen, sondern seine Anwendung allgemein. Denn er hat stets besondere Bedeutung, wenn keine Geschäftsführung vorliegt. An anderer Stelle[16]) wurde schon ausgeführt, daß § 687 I nicht dem Eigentümer den Erlös versagen, sondern nur zum Ausdruck bringen will, daß bei der Veräußerung durch den unbefangenen Besitzer keine Geschäftsführung vorliegt. Zudem ist der Umfang des Anspruchs ein anderer als der aus der Geschäftsführung[17]).

Alle Einwendungen, die gegen die Anwendbarkeit des § 816 auf die durch Genehmigung wirksam gemachte Verfügung vorgebracht werden, haben sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig erwiesen. Der Wortlaut sprach eher für, als gegen seine Anwendung. Die aus der Entstehungsgeschichte entnommenen Bedenken waren nicht schwerwiegender Art. Der geschichtliche Zu-

[14]) Haymann, JherJb. 77, 282; Bernhardt S. 41 ff.; Dölle S. 31.
[15]) So Haymann a. a. O. S. 278; Weiser S. 36 ff.
[16]) Siehe oben § 5.
[17]) Vgl. Bernhardt S. 41 ff.; Dölle S. 31; Freund S. 42 ff.; Schwarz S. 37.

sammenhang ist nicht gewahrt, da die Bestimmung des § 816 in ihrer Art völlig neu ist. Zweck und Aufgabe des § 816, wie sie sich aus seinem Zusammenhang mit verwandten gesetzlichen Bestimmungen ergeben, gebieten jedoch die Anwendung. Vor allem wird diese auch durch die Billigkeit dringend gefordert. Man hat allerdings hier wieder als unbillig bezeichnet, daß der Eigentümer einen aus der Kette der Veräußerer herausgreifen könne, und daß der Erlös oft wertvoller sei als die Sache selbst. Wir haben bei der Erörterung des § 281 nachgewiesen, daß dieser Einwand die gesetzliche Regelung des § 935 nicht beachtet, die sich für den Schutz des bestohlenen Eigentümers ausspricht. Wenn das Gesetz ein Interesse für schutzwürdiger erklärt als ein anderes, muß der Streit darüber, welches höher zu bewerten sei, verstummen. Der Eigentümer, dem seine Sache gestohlen wurde, kann daher, wenn die Sache vom unbefangenen Besitzer weiterveräußert wird, von diesem den Erlös aus der Weiterveräußerung gemäß § 816 I, 1 verlangen, indem er der unwirksamen Verfügung durch Genehmigung Wirksamkeit verleiht.

V.

§ 16. Umfang des nach § 816 Herauszugebenden.

Unter denjenigen, die die gefundene Lösung nach § 816 befürworten, herrscht Streit, ob der Erlös jeweils in voller Höhe herauszugeben sei, oder ob nicht der Wert des Gestohlenen eine obere Grenze des Herauszugebenden darstelle. Da § 816 einen Bereicherungsanspruch gebe, könne dieser nur auf das gehen, was wirklich auf Kosten des Berechtigten erlangt sei. Hätte der Veräußerer jedoch dank seiner persönlichen Geschäftstüchtigkeit einen besonderen Gewinn erzielt, so sei dieser nicht auf Kosten des Eigentümers gemacht, brauche also auch nicht herausgegeben zu werden [1]). Gegenüber dieser Auffassung ist der herrschenden [2]) der Vorzug zu geben, nach der § 816 einen Anspruch auf den Erlös als solchen gewährt. Zwar ist der Anspruch des § 816 ein Bereicherungsanspruch. Da er jedoch keine unmittelbare Vermögensverschiebung verlangt, sind Bereicherung und Entreicherung nicht notwendig gleichwertig. Um umständliche Berechnungen zu ver-

---

[1]) Schwarz S. 61; Simon S. 43; Jung, Wesen des schuldrechtlichen Grundes S. 156; Römer S. 354; Kluckhohn S. 173.

[2]) Vgl. Freund S. 52; Dölle S. 34; Oertmann § 816 I; Staudinger-Engelmann § 816, 2; Enneccerus § 445.

meiden, bestimmt das Gesetz sehr zweckmäßig, daß als Bereicherung eben dasjenige gelten soll, was der Nichtberechtigte für die Sache erlangt, über die er verfügt. Das mag in einem Fall mehr, im anderen weniger sein, als der Wert der entzogenen Sache beträgt. Eine Abtrennung des durch die Geschäftstüchtigkeit gemachten Sondergewinnes führt zu praktisch schwer durchführbaren Unterscheidungen und läßt sich gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes, der einen guten Sinn ergibt, nicht rechtfertigen. Auch verlangt die Billigkeit nicht, daß der Sondergewinn dem Veräußerer verbleibe. Mit fremden Mitteln darf er gar keinen Gewinn machen können.

Im einzelnen finden auf die Haftung aus § 816 die §§ 818 ff. Anwendung.

VI.

§ 17. Art der Geltendmachung des Anspruchs, insbesondere Zeitpunkt der Genehmigungserklärung.

1. Es bleibt noch auszuführen, wie der bestohlene Eigentümer, dem sein dinglicher Herausgabeanspruch nach § 985 verblieben ist, den Anspruch auf den Erlös gemäß § 816 geltend machen kann, insbesondere wann und wie die Genehmigung erklärt werden muß. Eine Meinung geht dahin, einer ausdrücklichen Genehmigung bedürfe es nicht. Diese liege vielmehr notwendig in der Klage auf den Erlös. Es sei mit Treu und Glauben unvereinbar, den Erlös zu fordern, ohne damit zugleich die Verfügung zu genehmigen. In der Klage liege daher stets eine schlüssige Erklärung der Genehmigung [1]). Diese Auffassung erweist dem Eigentümer einen schlechten Dienst; sie berücksichtigt nicht, daß vom Anspruch zu dessen Befriedigung oft ein langer, manchmal gar kein Weg führt. Genehmigte der Eigentümer durch die Klage die Verfügung des Nichtberechtigten und fiele die Zwangsvollstreckung gegen diesen fruchtlos aus, so wäre der Eigentümer rechtlos. Man kann ihm daher nicht zumuten, schon mit der Klagerhebung die Verfügung zu genehmigen, da er sonst Gefahr laufen würde, leer auszugehen.

2. Unter richtiger Erwägung dieser Bedenken hat man daher in der Klage eine Genehmigung erblickt, die aufschiebend bedingt

---

[1]) So Beyer, Surrogation S. 110; Simon S. 70; Bernhardt S. 32; Levy a. a. O.; RGZ. 115, 31. Dagegen Enneccerus-Lehmann § 222 I; Leonhard, Schuldrecht II S. 510 ff.; Dölle S. 32; Heck S. 426; Schwarz S. 45.

sei durch die Zahlung des Erlöses [2]). Dann trete der Verlust des Eigentums nicht ein, bevor der Eigentümer den Gegenwert in der Hand habe. Diese Lösung ist jedoch nicht möglich. Der Anspruch auf den Erlös setzt die Genehmigung voraus. Macht man andererseits die Genehmigung von der Zahlung des Erlöses abhängig, so dreht man sich im Kreise. Der Anspruch auf Zahlung wäre durch die Genehmigung und diese wiederum durch die Zahlung des Erlöses bedingt. Ein Anspruch, dessen Voraussetzung durch seine Erfüllung bedingt ist, besteht jedoch nicht [3]).

3. Unbilligkeiten und Schwierigkeiten vermeidet man dadurch, daß man dem Eigentümer den Anspruch auf den Erlös Zug um Zug gegen Erklärung der Genehmigung gibt [4]). Der Eigentümer verliert sein Eigentum nicht eher, als bis er den Erlös erhält. Andererseits kann der beklagte Veräußerer nicht auf die Unwirksamkeit der Verfügung hinweisen, da die Genehmigung gegen Herausgabe des Erlöses angeboten wird. Diese Lösung entspricht derjenigen, die § 255 für Schadensersatzansprüche gibt, wenn dem Schadensersatzberechtigten ein Ersatzvorteil erwachsen ist.

Wir gelangen daher zu folgendem Ergebnis: Veräußert ein unbefangener Besitzer eine fremde gestohlene Sache, so kann der Eigentümer von ihm Zug um Zug gegen Genehmigung der Veräußerung den durch diese erzielten Erlös gemäß § 816 I, 1 BGB. herausverlangen.

B. § 816 I, 1 ohne vorherige Genehmigung der Verfügung anwendbar, wenn diese tatsächlich wirksam?

I.

§ 18. Fälle, in denen der Zwang zur Genehmigung für den Eigentümer unbillig.

Durch die Möglichkeit, sich auf dem Wege über die Genehmigung den Erlös aus der gestohlenen Sache zu verschaffen, wird der bestohlene Eigentümer in der Mehrzahl der Fälle genügend ge-

---

[2]) v. Tuhr II § 78 VI S. 239; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht § 14 Anm. 15.

[3]) Vgl. Ewald, Jur.Rundsch. 1926 S. 721.

[4]) So Dölle 32ff.; Leonhard, Schuldrecht II S. 510ff.; Enneccerus-L. § 222 I; Kipp, Rechtsverletzung a. a. O. S. 23 Anm. 2; Schwarz S. 45. Vgl. zum gemeinen Recht Hellwig a. a. O. S. 68.

schützt. Dies gilt vor allem bei Gebrauchsgegenständen mit Marktpreisen, bei denen nicht die Sache als solche, sondern ihr Wert hauptsächlich Bedeutung für den Berechtigten hat. Der durch die Veräußerung erzielte Erlös wird bei diesen Sachen fast immer einen angemessenen Ersatz darstellen. Der Eigentümer kann daher ohne Bedenken sein Eigentum aufgeben, wenn er den Ersatz erhält. Er kauft sich wieder eine neue Sache von der Art der gestohlenen. Sehr viel anders ist jedoch die Lage des Eigentümers, wenn ihm Sachen gestohlen werden, die für ihn einen besonderen persönlichen Wert haben. Der objektive Wert dieser Gegenstände und demgemäß der für sie erzielte Erlös wird gering sein. Für den Eigentümer dagegen sind sie vielleicht unersetzlich, da sich Erinnerungen oder sonstige persönliche Beziehungen an sie knüpfen. Auch kann es leicht vorkommen, daß der wahre Wert eines gestohlenen Gegenstandes, etwa eines Gemäldes, vom Veräußerer nicht erkannt ist, und er einen unverhältnismäßig niedrigen Kaufpreis erlangt hat. In allen diesen Fällen hat der Eigentümer ein viel größeres Interesse an der Sache selbst als an dem für sie erzielten Erlös. Daraus ergibt sich: ist die gestohlene Sache selbst noch erreichbar, so wird der Eigentümer sie dinglich von dem gegenwärtigen Besitzer herausverlangen und nicht etwa die Verfügung genehmigen und damit sein Eigentum aufgeben. Ist jedoch der gegenwärtige Besitzer unbekannt, so befindet sich der Eigentümer in einer Zwangslage. Genehmigt er nicht, so erhält er gar nichts, falls es ihm nicht gelingt, den Besitzer der gestohlenen Sache ausfindig zu machen. Fordert er den Erlös auf dem Wege über die Genehmigung, so verliert er sein Eigentum endgültig. Er erlangt keinen entsprechenden Ersatz und kann keine Ansprüche auf die Sache geltend machen, wenn sie wieder auftauchen sollte. Denn es liegt im Wesen der Genehmigung, daß sie einen abschließenden Rechtszustand herbeiführt. Der Inhalt der Rechtsänderung wird nur durch das bisher unwirksame genehmigungsbedürftige Geschäft bestimmt. Die Genehmigung kann dieses nur so, wie es die Parteien vorgenommen haben, wirksam werden lassen. Daraus folgt, daß die Genehmigung nicht unter auflösender Bedingung erteilt werden kann[1]). Es könnte wohl eine auflösend bedingte Verfügung genehmigt werden, nicht aber kann die Genehmigung der Verfügung die auflösende Bedingung hinzufügen. Der Eigentümer kann daher nicht die Verfügung des Besitzers genehmigen unter der auflösenden Bedingung, daß die gestohlene Sache wieder auftaucht.

[1]) Vgl. v. Tuhr II § 78 VI S. 239.

Da so die Genehmigung für den Eigentümer oft ein recht zweischneidiges Schwert ist, taucht die Frage auf: ist die Genehmigung der Verfügung, die wir als möglich erkannt haben, in jedem Falle auch nötig, um dem bestohlenen Eigentümer einen Anspruch auf den Erlös gemäß § 816 zu geben?

II.

§ 19. § 816 nicht aus dem Gesichtspunkt wirksamer „Verfügung" über den Besitz anwendbar.

In beachtenswerter Weise hat Heck[1]) eine Lösung versucht, nach der die gestellte Frage zu verneinen wäre. Durch die Verfügung des Nichtberechtigten über die gestohlene Sache erwerbe der Käufer zwar nicht wirksam Eigentum, aber es gebe auch eine Verfügung über den Besitz, und eine solche liege vor. Der Erlös, der erzielt werde, sei dann ein Ertrag, der durch die Besitzverwertung erlangt sei. Dieser gebühre daher gemäß § 816 dem Eigentümer. Gegen diese Ausführungen läßt sich Verschiedenes einwenden. Einmal erscheint die Bezeichnung der Übertragung des Besitzes als Verfügung wenig glücklich. Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft und fordert als solches Geschäftsfähigkeit, die jedoch die Übertragung des Besitzes durch tatsächliche Übergabe der Sache nicht voraussetzt[2]). Sodann erhält der Veräußerer den Erlös auch nicht für die Besitzverschaffung[3]). Der Kaufpreis des Erwerbers einer gestohlenen Sache ist nicht als Gegenwert für die Erlangung des Besitzes bestimmt. Der Erwerber gibt und beläßt dem Veräußerer den Kaufpreis vielmehr, weil und solange er über die erworbene Sache die Rechte eines Eigentümers ausüben kann.

III.

§ 20. Entsprechende Anwendbarkeit des § 816 I, 1 bei tatsächlicher Wirksamkeit der Verfügung durch die Ähnlichkeit der Rechtslage gerechtfertigt.

Da der von Heck beschrittene Weg nicht zum Ziele führt, werden wir einen andern zu gehen versuchen und prüfen, ob § 816

---

[1]) Schuldrecht § 142, 9 S. 426 ff.
[2]) Leonhard, Schuldrecht II S. 510 ff.
[3]) Vgl. Bernhardt S. 44 f.

nicht entsprechende Anwendung finden kann, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten zwar rechtlich unwirksam bleibt, tatsächlich jedoch dahin führt, daß der Eigentümer sein Recht nicht mehr ausüben kann. Der Erwerber der gestohlenen Sache ist unbekannt. Dem Eigentümer ist zwar sein Eigentum erhalten geblieben, er kann sein Recht jedoch nach keiner Richtung ausüben. Tatsächlich ist er in der gleichen Lage wie derjenige, der sein Recht verloren hat. Steht diese tatsächliche Wirksamkeit einer Verfügung der rechtlichen gleich? Rechtfertigt die tatsächliche Wirksamkeit eine Herausgabe des Erlöses entsprechend § 816?

Es ist davon auszugehen, daß das Gesetz in § 816 unter Wirksamkeit der Verfügung deren Fähigkeit versteht, einen Rechtsverlust herbeizuführen. Tatsachen haben im Gesetze nur insofern Bedeutung, als sie als Voraussetzung eines Rechtes gefordert werden. Der Fall, daß ein tatsächlicher Zustand, der dem von einem Rechte nach seinem Inhalt geforderten Zustand widerspricht, nicht mit den Mitteln des Rechts beseitigt werden kann, erwägt das Gesetz nicht. Daß tatsächliche Verhältnisse sich ihrer Veränderung durch die Macht des Rechts entziehen können, berücksichtigt der Gesetzgeber nicht. Die Berechtigung, einen gewissen Zustand herbeizuführen, ist in der Sprache des Rechts gleichbedeutend mit dem Vorhandensein des Zustandes. Diese Auffassung entspringt dem Gedanken, daß doch hinter dem Recht die Zwangsmacht stehe, die den erforderlichen Zustand herstellen könne. So ist es üblich, den Inhalt eines Rechts zu kennzeichnen durch die Mittel und Ansprüche, die zur Herstellung des ihm entsprechenden Zustandes gegeben sind [1]). Hat der Berechtigte alle diese rechtlichen Mittel in der Hand, so ist er im Vollbesitze seines Rechts. Dem Juristen liegt diese Auffassung nahe, da ihm vor allem die Fälle vorkommen, in denen ein Recht bestritten wird. Auch ist diese Art der Kennzeichnung eines Rechts praktisch, da regelmäßig dem Anspruch dessen Verwirklichung nachfolgt. Im wirtschaftlichen Sinne ist jedoch der Inhalt eines Rechtes, etwa der des Eigentums, ein anderer. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter dem Eigentum die Möglichkeit, eine Sache tatsächlich innezuhaben und sie weitestgehend gebrauchen und verwerten zu dürfen. Das Recht ist nicht als solches, sondern nur insofern für den Berechtigten von Bedeutung, als es ihm den Genuß der Sache sichert. Nicht die äußerliche Rechtsstellung, sondern die wirtschaftliche Verwertung

---

[1]) Vgl. hierzu und zum folgenden Jung, Bereicherungsansprüche S. 47; derselbe, Wesen des schuldrechtl. Grundes S. 155 ff., 158; Schwarz S. 49 ff.

des Gegenstandes des Rechts bildet für ihn den eigentlichen Inhalt des Rechts. Das Recht ist nur Mittel zu dem Zweck, ihm den wirtschaftlichen Wert des Gegenstandes zugänglich zu machen. Gelingt es nicht, den Zweck durch dies Mittel zu erreichen, so ist dieses vollkommen wertlos für den Eigentümer. Sein Vermögensstand wird durch das Mittel, das nicht zum Ziele führt, keineswegs erhöht[2]). In der Vermögensaufstellung kann er dies praktisch inhaltlose Recht nicht auf der Vermögensseite buchen. So führt es zu wirtschaftlich recht unbilligen Ergebnissen, berücksichtigt man nicht, daß das Recht auf Herstellung eines bestimmten tatsächlichen Zustandes nicht immer dem Vorhandensein dieses Zustandes gleichzusetzen ist.

Der Genuß eines Rechts kann in verschiedener Weise erfolgen. Das Recht kann ausgeübt werden, indem der Genießende den Gegenstand des Rechts verzehrt oder gebraucht, oder aber auch in der Weise, daß er seinem Vermögen den Wert des Gegenstandes zuführt dadurch, daß er ihn entgeltlich veräußert. Setzt sich auf diese Art und Weise ein Nichtberechtigter in den Genuß des fremden Rechts und führt dadurch den Verlust auf seiten des Berechtigten herbei, so ist er nach § 816 verpflichtet, den erzielten Erlös an den Berechtigten herauszugeben. Durch Ausübung des fremden Rechts hat er sich bereichert, denn dem Berechtigten ist nunmehr der Genuß des Rechts entzogen. Ganz ähnlich ist jedoch die Lage, wenn dem Eigentümer infolge der Veräußerung des Nichtberechtigten zwar sein Recht erhalten bleibt samt allen Ansprüchen, die auf Herbeiführung des dem Rechte entsprechenden Zustandes gehen, diese ihm jedoch den wirtschaftlichen Wert des Eigentums nicht zugänglich machen können. Auch in diesem Fall geht es zu Lasten des Eigentümers, daß der Nichtberechtigte durch Einverleibung des Gegenwertes in sein Vermögen sich in den Genuß des fremden Rechts gesetzt hat. Für den Eigentümer wird sein Recht inhaltslos dadurch, daß ein Nichtberechtigter es genießt. Die durch die tatsächliche Wirksamkeit der Verfügung herbeigeführte Lage ist der bei rechtlicher Wirksamkeit so ähnlich, daß eine entsprechende Anwendung des § 816 sich auch auf jene rechtfertigt[3]).

---

[2]) So außer den Genannten Flechtheim a. a. O. S. 412.

[3]) So Jung a. a. O. und Schwarz a. a. O. Zustimmend Cohn a. a. O. S. 289 ff.

IV.

§ 21. Schutz des Besitzers bei Wiederauftauchen der Sache.

1. Diese Ausdehnung des § 816 kann nur insoweit vorgenommen werden, als sie zum angemessenen Schutz des Eigentümers erforderlich scheint, und durch sie keine ungebührliche Belastung des unbefangenen Besitzers, der die Sache veräußert hat, eintritt. Die entsprechende Anwendung des § 816 auf die tatsächlich wirksame Verfügung setzt zunächst voraus, daß der dem bestohlenen Eigentümer verbliebene dingliche Herausgabeanspruch gemäß § 985 nicht zum Ziele führt, da der Verbleib der Sache unbekannt ist. Kann der Eigentümer die Sache vindizieren, so muß er sich entscheiden, ob er die Sache herausverlangen oder genehmigen und den Erlös fordern will.

Weiterhin muß der durch den gutbläubigen Veräußerer erzielte Erlös nicht dem Wert entsprechen, den die gestohlene Sache für den Eigentümer hatte. Er muß also sein besonderes Interesse an der Wiedererlangung gerade der Sache dartun. Dies kann daraus hervorgehen, daß der Besitzer in Verkennung des wahren Wertes des Gegenstandes ihn für einen ganz unangemessen geringen Preis veräußert hat. Oder aber es ist der erzielte Erlös zwar objektiv angemessen, jedoch hat die Sache für den Eigentümer einen besonderen persönlichen Wert, der sein Verlangen nach ihrer Rückgewähr rechtfertigt. Ist dem Eigentümer ein Gegenstand abhanden gekommen, für den er sich mittels des erzielten Erlöses Ersatz verschaffen kann, so muß er genehmigen, um den Verkaufserlös fordern zu können. Es ist daran festzuhalten: Regelmäßig hat der Eigentümer den Anspruch aus § 816 nur Zug um Zug gegen Genehmigung der unwirksamen Verfügung. Will er von der Genehmigung befreit werden, so muß er die angegebenen Voraussetzungen darlegen.

2. Es bleibt noch zu prüfen, ob nicht eine unbillige Schädigung des veräußernden gutgläubigen Besitzers eintritt in den Fällen, in denen der Eigentümer den Erlös aus der gestohlenen Sache ohne vorherige Genehmigung fordern kann. Für den Veräußerer eröffnet auch in diesem Fall die Herausgabe des Erlöses in entsprechender Anwendung des § 440 II BGB. den Rückgriff gegen seinen Vormann. Wie steht es jedoch mit seinem Schutze, wenn der Eigentümer die Sache, wie gehofft, wiederfindet und kraft seines dinglichen Herausgabeanspruchs dem Besitzer abnimmt, und der Veräußerer auf dem Wege des Entwehrungsrückgriffs in An-

spruch genommen wird; oder wenn der Eigentümer einen späteren Veräußerer nochmals auf den Erlös verklagt, und dieser daraufhin auf seine Vormänner zurückgreift? In diesem Falle hat der in Anspruch genommene Veräußerer einen Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer auf Rückgewähr des ihm herausgegebenen Erlöses (§ 812 I, 2 BGB.)[1]). Es ist dies derselbe Bereicherungsanspruch, der — wie ausgeführt — dem Schuldner des Ersatzvorteils nach § 281 im entsprechenden Falle zusteht. Der Grund für die Herausgabe des erzielten Erlöses war das Vorhandensein einer Bereicherungslage gewesen, die der in § 816 geforderten entsprach. Dem Eigentümer war die Ausübung seines Rechts dadurch genommen, daß der Nichtberechtigte den Gegenwert seinem Vermögen zugeführt hatte. Dieser Schuldgrund ist nach Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer weggefallen; er ist daher um den an ihn gezahlten Erlös bereichert. Da er den Wegfall des Schuldgrundes als möglich angesehen hatte — und gerade darum hat er nicht genehmigt, sondern sich sein Eigentum vorbehalten —, haftet er auch hier nach § 820 I, 2. Auf den Wegfall seiner Bereicherung kann er sich nicht berufen[2]). So trifft den unbefangenen Veräußerer keine unbillige Belastung. Die Rückgriffsforderung seines Nachmannes gleicht er durch den Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer aus. Die Ausdehnung des § 816 auf die tatsächlich wirksame Verfügung ist daher zulässig. Einesteils bewirkt sie einen angemessenen Schutz des Eigentümers, zum andern eine gerechte Behandlung des unbefangenen Nichtberechtigten, dessen Vermögen weder vermehrt noch vermindert wird.

C.

§ 22. Erörterung einiger Sonderfälle.

1. Im folgenden werden einige Sonderfälle der Verfügung des unbefangenen Besitzers einer gestohlenen Sache geprüft werden. Als erste wird die Frage erörtert: Hat es Einfluß auf die Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Herausgabe des Erlangten, wenn das Kausalgeschäft, auf Grund dessen die Verfügung erfolgt, ungültig ist?[1]) In diesem Falle haben die Parteien des Veräußerungsgeschäfts untereinander Bereicherungsansprüche auf

[1]) So Jung a. a. O.; Schwarz a. a. O.
[2]) Schwarz a. a. O.
[1]) Vgl. hierzu Schwarz S. 56; Cohn a. a. O.; Oertmann, Recht 1915 S. 510 ff.

Rückgewähr der vollzogenen Leistungen. Der Veräußerer darf den erzielten Erlös nicht behalten, erlangt dafür aber den Besitz der gestohlenen Sache zurück, so daß der Eigentümer sie dinglich von ihm herausfordern kann. Hat der Berechtigte jedoch etwa in Unkenntnis der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts die Verfügung genehmigt, so ergibt sich folgende Rechtslage. Das Eigentum geht zunächst auf den Erwerber über; er hat es jedoch ohne rechtlichen Grund gegenüber dem Veräußerer erlangt und ist diesem daher gemäß § 812 zur Rückübertragung des Eigentums verpflichtet. Durch Erfüllung dieser Verpflichtung wird der Veräußerer Eigentümer der Sache. Er ist dann nicht mehr bloß Besitzer. Dieses Eigentum hat er erlangt infolge seiner genehmigten Verfügung, die wieder rückgängig gemacht werden mußte, da ihr kein gültiges Schuldverhältnis zugrunde lag. Der frühere Eigentümer kann von ihm gemäß § 816 I, 1 Herausgabe des Erlangten, also Rückübertragung des Eigentums an der Sache verlangen. — Man hat in diesem Fall auch dem Eigentümer unmittelbar einen Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber geben wollen mit folgender Begründung [2]). Der Erwerb vom Nichtberechtigten sei dem Berechtigten gegenüber stets ungerechtfertigt. Doch liege bei entgeltlichem Erwerb keine Bereicherung vor, da der Erwerber den Kaufpreis an den nichtberechtigten Veräußerer zahle. Eine Bereicherung sei jedoch gegeben, wenn der Erwerb unentgeltlich erfolge. Daraus erkläre sich die Verpflichtung des Erwerbers nach § 816 I, 2. Bestehe nun gegenüber dem nichtberechtigten Veräußerer kein Schuldgrund, so sei der Erwerb erst recht unentgeltlich und ein Bereicherungsanspruch des früheren Eigentümers um so mehr begründet. Diese Lösung erscheint möglich und hat den Vorzug, den Berechtigten schneller zum Ziele zu bringen. Er braucht nicht abzuwerten, bis der Verfüger die Sache vom Erwerber zurückerlangt hat, sondern kann gleich gegen den Erwerber vorgehen. Juristisch genau ist sie jedoch nicht. Der Erwerb ist belastet mit der Rückgabepflicht gegenüber dem Veräußerer, unterscheidet sich daher wesentlich von einem unentgeltlichen. Der Erwerber ist nicht bereichert, da er die erworbene Sache nicht behalten darf. Verlangt er den geleisteten Kaufpreis zurück, so braucht ihm der Veräußerer diesen nur zu erstatten, wenn der Erwerber die Sache zurücküberträgt.

Da die Verfügung des Nichtberechtigten ohne gültiges Kausalgeschäft erfolgt, muß der Veräußerer den Kaufpreis zurückgeben

---

[2]) Oertmann, Recht 1915 S. 510 ff.

Zug um Zug gegen Rückgabe der veräußerten Sache durch den Erwerber. Kann diese Rückgabe nicht mehr erfolgen, etwa weil der Erwerber selbst unbekannt ist, oder er die Sache schon weiterveräußert hat, so braucht auch der Veräußerer den Kaufpreis nicht zurückzugeben an den Erwerber. Er ist dann um ihn gegenüber dem Berechtigten bereichert und muß ihn gemäß § 816 an den Eigentümer herausgeben; denn auch in diesem Fall hat er ihn im Hinblick auf die Verfügung erlangt[3]).

Gleiches gilt, wenn die Parteien ein nichtiges, etwa ein unsittliches Geschäft wie ein wirksames behandeln und von ihren Rückgewähransprüchen keinen Gebrauch machen. Auch hier kann die Genehmigung das dingliche Geschäft wirksam machen, und der Erlös nach § 816 von dem Veräußerer verlangt werden, da er aus der Verfügung über das fremde Recht stammt.

Falls das dingliche Geschäft ebenfalls nichtig ist etwa infolge Geschäftsunfähigkeit des Veräußernden, so ist keine Genehmigung der Verfügung möglich. Hier muß der Verfügende den Kaufpreis zurückgeben an den Erwerber und erhält dagegen die geleistete Sache zurück. Wird nun die Verfügung eines Geisteskranken erst als solche erkannt, nachdem die veräußerte Sache in unbekannte Hände gelangt ist und nicht mehr zurückgegeben werden kann, so braucht auch der unwirksam Veräußernde seinerseits den erhaltenen Kaufpreis nicht zurückzuerstatten. Dann wird man jedoch dem Eigentümer den Anspruch auf den Erlös entsprechend § 816 gegen den Veräußerer geben; seine Verfügung ist zwar nichtig, doch ist sie dem Berechtigten gegenüber tatsächlich wirksam, und der Erlös ist erlangt durch die Anmaßung eines fremden Rechts.

2. Welchen Einfluß hat es auf die Verpflichtung des Veräußerers zur Herausgabe, wenn der Erwerber die Sache inzwischen ersessen hat? Eine Genehmigung kommt nicht mehr in Frage, da der Eigentümer sein Eigentum verloren hat. Ist hier die Verfügung des Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber wirksam? Wir hatten diejenige Verfügung als wirksam bezeichnet, aus der sich der Rechtsverlust des Eigentümers erklärt. Zwar wirkt auch im Falle des § 932 der Schutz des guten Glaubens oder im anderen Falle die Genehmigung zu dem Rechtsverlust des Eigentümers mit. Diese Umstände allein hätten jedoch niemals dem Eigentümer sein Recht genommen. Dies ist dagegen der Fall bei der Ersitzung. Diese hätte sich ohne die Veräußerung bei dem Veräußerer voll-

---

[3]) Cohn a. a. O.

zogen. Der Rechtsverlust erklärt sich durch den Zeitablauf, nicht aus der Verfügung. Diese ist daher dem Eigentümer gegenüber nicht wirksam. Der nichtberechtigte Veräußerer ist zur Herausgabe des Erlöses gemäß § 816 nicht verpflichtet[4]). Es wäre auch unbillig, ihn infolge der Verfügung schlechter zu stellen. Hätte sich nämlich die Ersitzung bei ihm vollzogen, so hätte er nicht auf die Bereicherung gehaftet. Eine solche kommt lediglich für den Besitzer ohne Titel in Frage, für den sie auch noch bestritten ist[5]). Der Veräußerer hatte aber einerseits die Sache gekauft und besaß sie mit Titel.

Dies Ergebnis ist auch durch folgenden Einwand[5]) nicht umzustoßen: Sei die Sache weggegeben und infolgedessen die Verfügung wirksam, so habe der frühere Eigentümer 30 Jahre lang den Bereicherungsanspruch gegen den Verfüger. Nun aber solle der besser gestellte bestohlene Eigentümer schon nach zehn Jahren alle Rechte infolge der Ersitzung verlieren. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz das Eigentum, wenn es auch infolge der Ersitzung des Erwerbers untergehen kann, für wertvoller hält als den erst in 30 Jahren verjährenden Bereicherungsanspruch. Der Einwand richtet sich also gegen die Vorschriften zum Schutze des bestohlenen Eigentümers als solche, trifft jedoch nicht unsere Ausführungen über den Einfluß der Ersitzung der Sache durch den Erwerber.

Anders wäre allerdings zu entscheiden, wenn die Verfügung die Sache in unbekannte Hände bringt und somit dem Eigentümer die Möglichkeit der Geltendmachung seines Rechtes raubt. In diesem Falle würde sich die Ersitzung aus der Verfügung und damit auch der Rechtsverlust aus dieser erklären. Der Verfüger würde nach § 816 auf den Erlös haften[6]).

3. Besteht der Anspruch aus § 816 gegen den Veräußerer, wenn die Sache beim Erwerber untergegangen ist? Auch hier ist zunächst die Frage nach der Wirksamkeit der Verfügung zu prüfen. Regelmäßig wird sich aus der Verfügung erklären, daß der Erwerber die Sache erlangt hat und diese bei ihm untergehen konnte. Es kann der Veräußerer dagegen höchstens ausführen, daß die Sache bei ihm oder in den Händen des Eigentümers ebenso untergegangen wäre, etwa wenn alle drei Personen in einem Hause

---

[4]) So Bernhardt S. 50; v. Mayr S. 316. Anders h. M.: vgl. Freund S. 45; Oertmann § 816, 1a; Planck § 816, 3; Staudinger § 816, 2a; Schwarz S. 28.

[5]) Oertmann, Recht 1910 S. 510 ff.

[6]) Jung a. a. O. S. 51.

wohnten, das abgebrannt ist. Sodann will man den Anspruch gegen den Veräußerer versagen, weil dieser gemäß § 440 II letzter Satz dem Entwehrungsrückgriff seines Nachmannes ausgesetzt sei[7]). Er müsse diesem Schadensersatz leisten wegen Nichterfüllung der Verkäuferverpflichtung. Zumindest müsse er den erlangten Kaufpreis wieder an den Erwerber herausgeben. Damit sei aber eine Bereicherung gegenüber dem Eigentümer entfallen. Aus der Verfügung habe er nichts erlangt. — Hierbei wird nicht berücksichtigt, daß dieser Rückgriff doch normalerweise deshalb nicht stattfindet, weil dem Erwerber aus seiner mangelnden Rechtsstellung kein Schaden erwächst. Dies wäre nur etwa der Fall, wenn er infolge fehlenden Eigentums Schadensersatzansprüche gegen Dritte nicht würde geltend machen können. Regelmäßig haftet daher der nichtberechtigte Verfüger gemäß § 816[8]), wenn die Sache beim Erwerber untergeht. Unterliegt ausnahmsweise der Veräußerer dem Entwehrungsrückgriff, so ist er freilich nicht bereichert. Er hat nichts erlangt und braucht daher auch nichts an den Eigentümer herauszugeben.

4. Verbraucht der Erwerber die Sache für sich, so wird er dadurch normalerweise den Erwerb einer Sache gleicher Art ersparen; um das Ersparte ist er dann gegenüber dem Eigentümer ungerechtfertigt bereichert und ist ihm daher gemäß § 812 zur Herausgabe dieser Bereicherung verpflichtet[9]). Der Erwerber kann dafür auf den Veräußerer zurückgreifen. Es bestehen allerdings auch keine Bedenken, auch in diesem Falle dem Eigentümer gegen den Veräußerer den Anspruch aus § 816 zu geben. Die Möglichkeit des Verbrauchs der Sache durch den Erwerber und damit der Eigentumsverlust erklären sich aus der Verfügung.

5. Als letzter Fall wird noch der behandelt, daß der Erwerber die gestohlene Sache zu einer anderen verarbeitet oder sie mit anderen verbindet oder vermischt, so daß nach den §§ 947 ff. das Eigentum des Bestohlenen erlischt. In diesem Falle hat der frühere Eigentümer den Bereicherungsanspruch aus § 951 gegen den Erwerber, der seinerseits gemäß § 440 II auf den Veräußerer zurückgreift. Aber auch hier könnte man gegen Verzichtleistung auf den Anspruch aus § 951 dem früheren Eigentümer den Anspruch gegen den nichtberechtigten Verfüger aus § 816 geben[10]). Die Verfügung ist dem Berechtigten gegenüber wirksam, denn sie hat erst die

[7]) So v. Mayr S. 317; Bernhardt S. 49.
[8]) So Schwarz S. 28 ff.; Freund S. 45.
[9]) Oertmann § 816, 1a; Schwarz S. 31.
[10]) So Schwarz S. 47; Freund S. 45. Dagegen Bernhardt S. 48.

Verbindung oder Verarbeitung ermöglicht. Dieser Anspruch kann für den Bestohlenen wertvoll sein, wenn der Erwerber nicht mehr bereichert sein sollte, oder wenn die gestohlene Sache sich in einzelne Teile aufgelöst hat, an denen verschiedene Personen Eigentum durch Verarbeitung erlangt haben, die im einzelnen nur schwer ausfindig zu machen sind.

Vierter Teil.

§ 23. Vergleich der beiden möglichen Lösungen.

Zwei Wege kann der bestohlene Eigentümer gehen, um zu dem Erlös zu gelangen, den der unbefangene Veräußerer der gestohlenen Sache erzielt hat. Wie verhalten sich diese beiden Ansprüche des Eigentümers zueinander? Die Ansprüche aus § 281 und § 816 I, 1 schließen einander nicht aus. Sie können nebeneinander bestehen. Keiner von beiden geht dem anderen vor. Beide Ansprüche richten sich zunächst auf Herausgabe des Erlöses, so wie er erlangt wird. Allerdings unterscheiden sie sich in der Haftung. Diejenige des Schuldners des Ersatzvorteils bestimmt sich nach den §§ 275 ff. unter Berücksichtigung des Schuldverhältnisses, an dessen Stelle der Ersatzanspruch getreten ist. Die Haftung aus § 816 ist Bereicherungshaftung. Der Umfang des durch den unbefangenen Veräußerer Herauszugebenden wird im einzelnen bei beiden Ansprüchen nicht sehr verschieden sein.

Es fragt sich jedoch, welche Lösung die bessere ist: die mit Hilfe des § 281 oder diejenige nach § 816 I, 1? Die Entscheidung fällt zugunsten der zweiten aus[1]). Die Lösung nach § 281 ist Einwendungen ausgesetzt, die im einzelnen nur schwer zu widerlegen waren. Schon die Grundlage, nämlich ob rechtsgeschäftlicher Erlös Ersatz im Sinne dieser Bestimmung sei, ist bestritten. Die Gleichstellung von Besitzverlust und Unmöglichkeit, die wir befürwortet haben, wird heftig bekämpft. Und immer wieder taucht die Behauptung auf, § 281 sei auf das Schuldrecht zugeschnitten und lasse eine Übertragung auf das Sachenrecht nicht zu.

Die gegen § 816 erhobenen Bedenken waren leicht zu überwinden. Die Tatsache, daß wirtschaftlich eine Bereicherung vorliegt, gibt auch Anlaß, den Ausgleich durch einen Bereicherungs-

[1]) Vgl. Levy a. a. O.

anspruch herbeizuführen. Außerdem ist die Lösung nach § 816 im Ergebnis besser. § 816 erfordert, solange die Sache erreichbar ist, Genehmigung der Verfügung. Es ist billig, von dem Eigentümer eine Entscheidung darüber zu verlangen, ob er den Erlös oder die Sache beansprucht, wenn beide greifbar vor ihm liegen. Das Interesse der Schuldner an einer endgültigen Regelung verdient Schutz. Bei der Lösung nach § 281 läßt sich diese Entscheidung nicht herbeiführen, denn die entsprechende Anwendung des § 255 ist nicht möglich. Daß man im Falle der tatsächlichen Wirksamkeit der Verfügung dem Eigentümer die Wahl billigerweise nicht zumuten kann, berücksichtigt auch die Lösung nach § 816. So ist unter den beiden möglichen Lösungen die nach § 816 BGB. vorzuziehen.

Lebenslauf.

Am 28. Februar 1908 wurde ich, Hans Georg Sarx, in Siegen in Westfalen als Sohn des Fabrikdirektors Ferdinand Sarx und seiner Frau Liesel geb. Stein geboren. Vier Jahre besuchte ich die Volksschule und anschließend neun Jahre das Realgymnasium in Siegen. Ostern 1927 bestand ich die Reifeprüfung. Darauf studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar das erste Semester in München, das zweite bis vierte in Heidelberg und die vier letzten Semester in Marburg. Am 8. Juli 1931 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die Referendarprüfung. Seit 10. August 1931 bin ich am Amtsgericht Biedenkopf (Lahn) im Referendar-Ausbildungsdienst beschäftigt.